THOMAE NANI VALTELLINENSIS DE INDICIIS EORUMQUE USU IN...

Tommaso Nani



THOMAE NANI
VALTELLINENSIS

DE INDICIIS, EORUMQUE USU

IN COGNOSCENDIS CRIMINIBUS

LIBER SINGULARIS




FLORENTIÆ

TYPIS ALOISII PEZZATI

MDCCCXXIII.

CAROLO. COMITIS

DE. FIRMIAN

THOMAS. NANI

VALTELLINENSIS

SINGULARI. ILLIUS. BENEFICIO

REG. CAESAR. GHISLER. COLLEGII

ALUMNUS

ET. TICINENSIS. ACADEMIAE

AUDITOR

HUNC. DE. INDICIIS. EORUM. QUE USU

IN. COGNOSCENDIS. CRIMINIBUS

LIBELLUM

PATRONO. OPTIMO

HONORIS. GRATI. QUE. ANIMI. CAUSSA

L. M. Q. D. D. D.

Trahimur omnes, ac ducimur ad scientiae cupiditatem, in qua excellere pulchrum putamus, labi autem, errare, nescire, decipi et malum, et turpe censemus. Quod animadvertens Cicero hominis inquit in primis propriam esse veri inquisitionem, atque investigationem, eique Deum ideo rationis lumen dedisse, ut esset providus, sagax, plenus consilii, et intelligentiae, simulque consequentia cerneret, caussas rerum videret, atque progressus, rebusque praesentibus adjungeret, atque adnecteret futuras (1). Cum tamen haec non uno eodemque modo perpetuo praestari possint, nec una pariter eademque veritas in rebus omnibus deprehenditur, sed varia potius pro eorum varietate, quorum cognitionem quaerimus. Alia quippe est veritas, quam *metaphysicam* vocant, quae consistit in absoluta connexione vel inter ipsas ideas, vel ideas inter, et objecta extra nos posita, aut immediate, aut mediarum idearum comparatione cognita. Alia est *physica*, quae haberi dicitur, cum ideae nostrae conveniunt cum peculiari aliqua re, quae sensuum usu percipitur. Alia denique *moralis*, quae versatur praesertim circa hominum actiones, quaeque a physica, et metaphysica evidentia plurimum differt. Quae enim metaphysice, aut physice vera sunt, seu potius quae ex perspicua relatione, ut inquiunt, inter subjectum et praedicatum, vel ex sensuum aliquid renuntiantium conspiratione proficiscuntur, ita assensum menti extorquent, ut ille solum rem aliter esse posse contendat, qui absurda admittere, legumque naturalium praestitutum ordinem evertere velit. Quod quidem non obtinet in morali evi-

(1) Cic. *lib.* 1. *de offic. cap.* 4.

dentia, quam vulgus *certitudinem* appellat. Cum enim dubitamus, utrum aliquid ab homine factum fuerit, et quomodo, cogimur indolem, anteactam vitam, cupiditates, et similia, que sunt conjuncta cum eo, de cujus facto quaeritur, expendere, et caeterorum hominum facta, narrationes, opinionesque in subsidium vocare, aliaque id genus praestare, quae nec constantibus, nec inconcussis rerum principiis nituntur, sed potius ita variant, ut minime impediant quominus aliter se res habere possit ac nobis exhibetur, seu etiam quominus moralis haec certitudo summa potius probabilitas cum Gravesandio, caeterisque magni nominis philosophis nuncupetur.

Quamquam illud evenire posse non inficior ut quandoque de hominum factis eadem pene evidentia habeatur, quae obtinet in iis, quae vel metaphysice, vel physice vera esse dicimus. Neque enim ex. gr. ulla dubitandi ratio adesse potest de illo certamine, quod conspicientibus Romano, Albanoque exercitibus inter Horatios, Curatiosque his legibus gestum est, ut cujus populi cives vicissent, is alteri populo cum bona pace imperitaret (1) Factum hoc grave est, et natura sua publicum; illud enarravit ingens multitudo hominum natione, educatione, moribus dissimilium, atque vidisse, et propriis sensibus explorasse unanimi voce testati sunt. Sicuti vero fieri nequit, ut adhibitis rite sensibus, serio judicemus eum esse absentem, quem nobis vigilantibus tamquam praesentem et oculi, et manus constanter renuntiant, ita fere impossibile est memoratam testium multitudinem, cum de eo facto unanimiter contestata fuit, deceptam fuisse. Praeterea quía variae sunt hominum affectiones, variïque agendi fines, nequeunt sane in unam eamdemque facti narrationem ita ex condicto convenire, ut caeteros decipere velint. Adest igitur in hac specie certitudo summa, que suspicionem omnem erroris, fraudisque superat, nisi fortasse quis velit

(1) Vid. Liv. *Hist. lib.* 1.

existimare per divinam omnipotentiam leges morum humanorum tunc immutatas fuisse.

Sed raro admodum, ac non nisi in factis, quae unanimi multitudinis testimonio firmata sint hanc similemve certitudinem haberi nemo non videt. Quid si de privatis factis quaestio sit? Quid si agatur de criminibus, eorumque auctoribus detegendis, qui clam, ut plurimum, et in solitudine peccare solent? Ad me quod attinet, in ea sum sententia, ut credam, dum haec incidunt tempora, contentos nos esse oportere verisimilitudine, non omni quidem, sed ea, cui videatur assensum praestari posse tuto animo, vel potius secura conscientia, aeque ac si perfecta, et manifesta veritas adesset metaphysicis et physicis argumentis, ac demonstrationibus innixa. Frustra enim quaereres absolutam illam veritatem, de qua supra locuti sumus, et si frustra, jam nullum exitum haberent cognitiones, quae ad facinorosos homines puniendos suscipiuntur, sed potius scepticorum more incertus perpetuo esset judicantium animus de eo, quod sententia pronuntiari oporteat. Namque, ut opportune animadvertit Seneca: *Huic respondebimus nunquam nos expectare certissimam rerum comprehensionem, quoniam in arduo est veri exploratio, sed ea ire, qua nos ducit verisimilitudo.... expecta ut nisi bene cessura non facias, et nisi comperta veritate nihil egeris, relicto omni actu, vita consistit.* (1)

Haec cum animo secum fortasse reputarent qui integrarum gentium tutelam vel ab antiquissimis temporibus susceperunt, verisimilitudinem hujusmodi, seu mavis probabilitatem quam in judiciis plerumque sequi cogimur non judicantium arbitrio penitus relictam, sed quibusdam regulis armatam voluerunt. Hinc ubique certa fuit ratio,

(1) Senec. *lib.* 4. *de benefic. Sola probabilitate*, inquit Anton. Genuens. *Art. log. crit. lib.* 3. *cap.* 4., *contenti esse debemus ubi meliora non suppetunt, ne videamur naturae subirasci.*

solemnisque methodus statuta, certus inventus judiciorum ordo, quo propius quoad fieri posset veritati accederent criminum quaesitores, innocentes a calumniis securi viverent, nocentibus autem aditus effugendae poenae intercluderetur. Hinc etiam multiplex probationum genus emersit, quarum alias recta ratio, alias superstitio et ignorantia invenit. Neque enim soli testes, solae tabulae tanquam probationes usurpatae sunt; usurpatum est quoque jusjurandum, questiones receptae, dejectio in flumen, et aliae hujusmodi vulgares probationes inventae, quae fiebant per ferrum candens, per ebullientem aquam, per panem execratum, et similia, quibus Deum majores nostri ad miracula patranda tentabant, sibi persuadentes Deum veritatem probaturum per res veritati omnino contrarias (1).

Sed omissis hujusmodi probationibus ab iis excogitatis, qui non ratiocinari, sed cum ratione delirare maluerunt, quisquis paullo attentius considerans facile intelligit apud omnes bene constitutas respublicas illud obtinere debere, quod provido consilio a Valentiniano, Gratiano, et Teodosio Augustis fuit statutum, ut nempe cuncti accusatores eam rem deferre in publicam notionem teneantur, quae *munita sit idoneis testibus*, *vel instructa apertissimis documentis*, *vel indiciis ad probationem indubitatis*, *et luce clarioribus expedita* (2). Ex quibus verbis satis constat probari crimina vel testibus, vel tabulis, vel indiciis. De testibus omnes omnino consentiunt Romani juris interpretes, dubitant vero de tabulis, ed indiciis. Sed quae pertinent ad probationem, que fit per tabulas, libenter praetermitto. Etenim in ea sparta exornanda Antonius Matthaeus et Fridericus Bohemerus viri de re criminali optime meriti operam suam jamdiu col-

(1) De hisce omnibus prae ceteris legi meretur Graevii dissertatio, cui titulus: *Tribunal reformatum.*

(2) Vid. *leg. ult. Cod. de prob.*

locarunt (1). Liceat potius paullo latius de indiciis disserere, et diligenter expendere utrum jure, an injuria vulgus pragmaticorum censeat judicem non posse sententia sua aliquem solis indiciis tanquam legitime convictum, atque adeo auctorem criminis pronuntiare, easque tantum ex indiciis oriri probationes, quae nescio unde ex abdito erutae censeri debeant, quasque ipsi barbaris nominibus involutas protulerunt, et modo *semiplenas majores*, modo *semiplenas*, modo *semiplenas minores* appellarunt. Quorum doctrinae falsitas ut probe dignoscatur, duce naturali ratione, et romano jure, rem altius repetam; indiciorum naturam, fontes, vim, et rationem exponam, qua vel indiciorum existentia legitime probari, vel eadem simul coniungi possint. Tandem non rhetorum solum, Romanarumque legum auctoritate, quam unam in hac quaestione respexisse videtur Antonius Matthaeus, (2) sed aliis etiam, et fortasse validioribus argumentis innixus ostendere conabor ex indiciis eam confici posse criminum eorumque auctorum probationem, quae vi ac pondere par censenda sit illi, quam ex testium dictis nasci omnes ultro fatentur criminalium rerum scriptores.

(1) Vid. Ant. Mat. *ad lib.* 48. *Digest. Tit.* 15. *Cap.* 5. Frideric. Bohem. *Observat.* 1. *ad Carpz-Prax. crim. par.* 3. *quaest.* 114.
(2) Ved. Ant. Mat. *loc. cit. Cap.* 6.

CAPUT PRIMUM

De indicii, conjecturae, praesumptionis definitione, ac divisione.

Quid indicii, quid conjecturae, quid praesumptionis nomine intelligi oporteat non una eademque est doctorum sententia. Baldus indicium *conjecturam* esse ait, *ex probabilibus, et non necessariis ortam*, conjecturam vocat *acceptionem veri ex aliquo sic verisimiliter ordinato*; tandem presumptionem dicit *conceptum quemdam causatum in mente ab aliqua probabili conjectura* (1). Menochius in definitione indicii Baldum sequitur, non in aliis. Nam ad conjecturam quod spectat, Curtii senioris amplectitur sententiam, qui ab indicio eam non distinguit, praesumptionem vero eam esse docet, *quae tum ex argumentis probabilibus, tum ex necessariis ortum habet* (2). Ex Henrici Cocceii sententia nomine indiciorum argumenta, suspiciones, conjecturae, praesumptiones, et adminicula comprehenduntur, quibus aliquis vel reus vel innocens ostenditur (3). Fridericus Bohemerus praesumptionem *facit bonam et malam*, indicium autem solum *delicti argumentum indicativum* esse autumat (4).

Ex hisce definitionibus quae sit verisimilior alii jûdicabunt. Interea fateor libentissime cum Henrico Coccejo indicium late sumptum complecti omne id, quo alicujus tum iniquitas, tum innocentia ostenditur, at cum illud a nobis quaeratur utrum verum sit quod ajunt

(1) Bald. *in leg.* 4. *Cod. und. legit. et und Cogn. in leg.* 7. *Cod. de accus. et inscript.*

(2) Menoch· *lib.* 1. *de praesumpt. quaest.* 7.

(3) Enric. Coc. *in disput. de fallat. crim. indi.*

(4) Bohem. *loc. cit.*

pragmatici, non posse crimina indiciis probari, Bohemero potius in notione indicii adhaereo, qui illud dixit *argumentum delicti indicativum.* Ita autem acceptum indicium sic rectius definiri posse mihi videtur: *Qualitas, seu circumstantia, sive omne id quod vel hominem vel crimen respicit, ex quo ille nexus, seu relatio inter hominem simul, et crimen nascitur, quae facit vel ut constet de crimine, de cujus physica existentia incerti sumus, vel ut homo hujusmodi auctor ipsius criminis declaretur, sed non facit necessario, ita ut fieri possit vel ne crimen patratum revera sit, vel ne sit auctor ille, cum quo memorata illa qualitas concurrit.*

Dixi indicium esse *qualitatem, seu circumstantiam, sive omne id, quod vel hominem vel crimen respicit;* quibus verbis quaelibet attributa comprehenduntur, quae sive in persona, sive in criminis substantia sunt, vel aliquo modo ad ea referuntur, dummodo causa relationis sit ex ipso crimine, aut ex ipsa persona, uti recte animadvertit Bartholomaeus Latomus (1). Quare hoc ipso distinguitur indicium ab iis omnibus, quae, ut inquit Cicero, (2) extrinsecus assumuntur, ad quae referunt rhetores testimonium, tabulas, rumores et alia. Dixi *ex eo illum nexum oriri, seu relationem inter hominem simul et crimen, quae facit vel ut constet de crimine, de cujus physica existentia incerti sumus, vel ut homo hujusmodi auctor ipsius criminis declaretur.* Quod ut intelligatur, illud animadverti sedulo oportet in iis, quae accusatione constant, unum quidem esse genus, in quo quaeritur et de facto, et de auctore, quod tamen genus interdum conjunctam quaestionem habet, interdum separatam, cum et factum sit, nec ne, et, si de facto liqueat a quo factum sit, ambigitur. Cum autem de auctore, et de facto quaeritur, recta ordinis ratio postulat, ut prius aliquid

(1) Vid. Barthol. Latom. *ad Topic. Cic.*
(2) Cic. *in Topic.*

factum esse accusator probet, dein a quo factum; quo quidem spectat quod constanti judiciorum criminalium consuetudine est receptum, ut nimirum judex de corpore delicti, ut inquiunt, omnino prius quaerere teneatur, nec possit in aliquem peculiarem hominem inquirere, nisi delicti existentiam cognitam habeat, et perspectam. Sed quoniam duplicis generis delicta sunt, alia, quae *facti permanentis*, alia quae *facti transeuntis* dicuntur, ideo existentia illorum, quatenus aliquod vestigium post se relinquunt, sensibus horum intellectus ratiocinationis ope detegatur necesse est. Nimirum in iis, quae sensibus cognosci possunt locum habet plerumque ocularis inspectio a publicis personis rite peragenda, ex qua physica oritur certitudo, in aliis autem tollitur fere omnis spes consequendae hujusmodi certitudinis, eaque contenti simus oportet, quae ex testibus et occurrentibus indiciis nascitur, ex quibus sin vere, saltem praesumptive, ut loquuntur, de corpore delicti constare potest. Quare tunc cognitionis, seu processus initium judex ducere solet a probationibus, quae personam aliquam respiciunt, ut mox ad ipsius delicti existentiam detegendam perveniat: qua in specie dicimus conjungi probationes, quibus tum de corpore delicti, tum de illius auctore certi reddimur, sive etiam dicimus probationes, quibus quis auctor criminis convincitur, supplere id, quod deest ut physica corporis delicti certitudo habeatur, seu corpus delicti praesumptivum inducere. Atque ad hujusmodi tantum crimina facti transeuntis, et etiam ad ea quae, etsi facti permanentis sint, omne tamen vestigium amiserunt, pertinere arbitror nimis vagam Leyseri regulam, quà certitudo corporis delicti *talis desideratur qualem res humanae admittunt, moralis nempe, non mathematica, et absoluta* (1). Nam si physica evidentia potest haberi, ea semper quaerenda est, nec in sola mo-

(3) Vid. Leyser. *in medit. vd Pandec.* in ea meditat. in qua speciatim *de probat. crim.* agit.

rali quiescendum. Caeterum eorum, quae hactenus diximus, veritas luculentius apparet in iis cognitionibus, in quibus de facto tantum quaestio est, atque ita, ut eo probato, de illius auctore dubitari non possit. Praeclarum hujus rei exemplum exhibet Quintilianus: *Abdicatus*, inquit, *medicinae studuit; cum pater ejus aegrotaret, desperantibus de eo caeteris medicis adhibitus sanaturum se dixit, si is potionem a se datam bibisset. Pater, acceptae potionis epota parte, dixit venenum sibi esse datum, filius quod reliquum erat exhausit, pater decessit, ille parricidii reus est. Manifestum quis potionem dederit, quae si veneni fuit, nulla quaestio de auctore, tamen an fuerit venenum ex argumentis a persona ductis colligitur* (1). Quod si de facto vere constet, et solum a quo sit factum quaeratur, tunc omnia in id comparantur, ut facti auctor detegatur. Haec autem cum ita se habeant, nemo non videt, quamlibet hujusce generis disceptationem semper eo recidere ut persona crimini, i. e. causa effectui conjungatur, et ex hac una conjunctione rite facta quaestionem probatam dici posse. Praeterea cum indicium ita a nobis sumatur, quatenus delicti, eiusque auctoris argumentum indicativum exhibet, jam patet illud niti solum hoc nexu, quoc deficiente deficit et ipsa indicii notio. Erit igitur indicium veluti fundamentum totius artificialis inquisitionis, quo de mutua quaestionis extremorum convenientia concludi aliquo modo possit. Dixi demum hunc nexum ab indicio non constitui *necessario*; scilicet ea est indiciorum natura, ut sola probabilitate absolvantur, et cum probabilitas non impediat quominus aliter omnino se res habeat, fieri equidem poterit ut nullus reapse sit ille nexus, quem indicium constituebat, proindeque ut ille, qui criminis auctor arguebatur vere auctor non sit, et crimen, cujus existentiae aliqua aderat suspicio ex

(1) Quintil. *instit. orator. lib.* 7. *cap.* 2.

indiciis orta, revera non fuerit patratum. Hinc indicia probe distinguenda sunt ab iis omnibus signis, quae rhetores necessaria dixere, quibusque positis non potest non necessario aliquid consequi. *Id autem accidit*, inquit Quintilianus, *cum quid aut necesse est fieri, factumve esse, aut certe omnino non potest fieri, vel esse factum, quo in causis posito, non est lis, nisi facti. Hoc genus per omnia tempora perpendi solet. Nam et coivisse cum viro eam, quae peperit, quod est praeteriti, et fluctus esse cum magna vis venti in mare incubuit, quod est conjuncti, et eum mori, cujus cor est vulneratum, quod est futuri, necesse est, nec fieri potest ut ibi messis sit ubi satum non est, ut quis Romae sit cum est Athenis, ut sit ferro vulneratus qui sine cicatrice est.* (1).

Porro indicium illud, quod de eo nexu instituitur proprie conjecturam constituit, ita ut merito Quintilianus conjecturam derivet *a conjectu rationis i. e. directione quadam rationis ad veritatem.* (2) Et hoc in sensu recte dicimus *conjectura perspicere, conjectura explicare, et ex vultu*, ut ait Cicero, *conjecturam fieri quantum quisque animi habeat* (3). Hanc autem conjecturam sequitur quidam animi motus, quo animus ipse ad aliquid opinandum fertur. Ac, ni fallor, in hoc animi impulsu ea, quae dicitur *praesumptio* consistit, quae si diligenter expendatur, institutam conjecturam seu indicium protinus subsequitur. Et revera praesumere, uti ex Papiniano adnotavit Brissonius (4), sumitur pro *opinari*, quo verbo non omnimoda, et absoluta, sed aliqualis tantum assensio non sine aliqua sollicitudine comprehenditur, quae in instituta conjectura fundamentum habet, uti animadvertit Cicero inquiens omnem opinabilem divinationem conjectura niti,

(1) Quintil. *lib. cit. cap.* 8.
(2) Quintil. *lib.* 3. *cap* 6.
(3) Cic. *in orat. pro Muren. et de Divinat. lib.* 1.
(4) Bris. *de verb. signif. verb. praesumere.*

et opinatorem eum esse, qui probabilia sequebatur (1). Quare haud improbanda est definitio praesumptionis, quam Baldum tradidisse diximus, ut nempe sit conceptus causatus in mente ab aliqua probabili conjectura.

Non unum tamen genus indiciorum recensetur; immo pragmatici distinguunt indicia in proxima, et remota, in violenta, et minus violenta, in incerta, et indubitata, in generalia, et particularia. Quamquam quae sint indicia proxima, quae remota absolute definiri nefas: illud enim unice pendet ex majori, minorive nexu, qui personam inter, et crimen constitui ab indicio videtur, adeo ut si proxima, et quasi immediata isthaec connexio deprehendatur, proxima et ipsa indicia dicenda sint, si vero remota tantum, et mediata perspiciatur, remota existimari debeant. Hoc autem in sensu priora violenta, posteriora minus violenta dici poterunt, quatenus ex illis violenta, ex his minus violenta, et debilis oritur praesumptio; praesumptio siquidem semper naturae indicii respondet eodem pacto, quo causae respondet effectus. Quod vero spectat ad eam indiciorum divisionem in incerta et indubitata, haec admitti haud potest, utpote non consona definitioni indicii, quam dedimus. Diximus enim indicia quaelibet sola probabilitate absolvi, eaque a signis necessariis distinximus. Quae autem generalia indicia, quae particularia existimari debeant, id infra opportunius cum de indiciorum locis sermo erit, explicabimus.

Quemadmodum indiciorum, ita etiam praesumptionum plures occurrunt species. Aliae enim sunt, quae *hominis* dicuntur, aliae quae *juris*, *aliae* quae *juris et de jure* solent appellari. Praesumptionem *juris* ab *hominis* praesumptione in eo distinguit Menochius, quod illam lex probaverit, haec vero nullam a lege confir-

(1) Cic. *lib. cit.*

mationem acceperit (1). At vero jam observavit Justus Henningius Bohemerus non satis hac ratione explicatum esse quae sit praesumptio *hominis*, quae juris. Illud namque omni praesumptioni, qua judex aliquo modo adjuvatur in inquirenda veritate, generatim conveniens est, ut a lege probata fuerit. Toties autem debet quaelibet praesumptio a lege probata censeri, quoties ex argumentis probabilibus deducta est; leges enim eas tantum praesumptiones respuunt, quae *temerariae* vocantur, quae scilicet illegitimis, absurdisque conjecturis nituntur. Et sane quemque bonum habendum esse quousque malus probetur constans est praesumptio a jure probata: servos quosdam bonos esse, quia natione non sunt infamata, quosdam malos videri, qui ex natione sunt magis infamata praesumptum esse inquit Ulpianus (2). Quis tamen dixerit has praesumptiones, quas ab ipsa lege probatas cernimus ad eas, quae juris sunt esse referendas? Quid plura? Caetera probationum indicia non reprobari dixerunt Diocletianus, et Maximianus (3). Porro indiciorum nomine generatim ea comprehenduntur argumenta, quae ad aliquid praesumendum animum judicis impellunt. Cum igitur utraque praesumptio non solum legibus consona, sed ab iisdem etiam probata sit, sequitur, admissa Menochii sententia, adhuc in abdito esse qua ratione praesumptio *juris* ab *hominis* praesumptione distinguatur. Itaque laudatus Bohemerus aliam rationem tradidit, nempe tria principia statuit, quibus perspectis facile notio praesumptionis *juris* et verum ejusdem ab *hominis* praesumptione discrimen dignoscitur. Primo oportet ut lex aliquid praesumat ex certa conjectura. Secundo ut illud, quod ex conjectura illa infert pro vero interim habeat, quemadmodum philosophi sua postulata

(1) Vid. Menoch. *de praesumpt. lib.* 1. *cap.* 6.
(2) *L.* 31. §. 21. *de Aedilit. Edict.*
(3) *L.* 21. *cod. de probat.*

habent. Tertio ut tamen lex, quae onus probandi contrarium in adversarium rejicit, simul disponat ut contraria probatio heic admittatur. Quibus positis omnem praesumptionem ita dividit, ut vel simplex sit, vel qualificata, et determinata. Illa habetur quando aliquid ex legitima conjectura vel a lege, vel ab homine infertur, sed absque ulla determinatione, ut tantum adjumento ei sit, qui probare debeat; haec vero adest, cum lex non modo quid praesumit, sed determinat etiam illud interim pro vero habendum esse, donec probetur contrarium, adeout instar probationis sit, et eam judex in dubio tanquam normam a lege praescriptam sequi teneatur. Idcirco haec non aliter haberi potest quam ex legis declaratione, quae vult onus probandi devolvendum in adversarium esse, atque semper veluti praesumptio simplex aestimanda est, si haec declaratio legis probari, et ostendi sive directe, sive indirecte nequeat. Huc usque Bohemerus (1). Ego animadverto generalem praesumptionis notionem superius traditam etiam praesumptioni *juris*, sive, ut mavult Bohemerus, praesumptioni qualificatae, et determinatae aptari facile posse; quandoquidem etiam haec instituta conjectura innititur, et tota ab argumentis probabilibus eruitur. Quod vero a lege determinata dicatur, ex eo provenit quia ipsa lex obligationem judici imponit, ut aliquid praesumat, illudque veluti probatum censeat, donec validior probatio in contrarium afferatur, quae hanc praesumptionem infirmet, ac destruat.

Praesumptio *juris et de jure*, ut ipse Bohemerus ex Coccejo observavit (2), proprie praesumptio non est, cum haec non circa argumenta probabilia versetur, sed ex certis principiis ab ipsa lege sive in poenam, sive in favorem alicujus statutis, eique ita inhaerendum est, ut

(1) Vid. Bohem. *Exercit.* 66. *al lib.* 22. *Pandect. Tit.* 2. *de collis. praes. Cap.* 1.

(2) Henric. Coc. *in disput. de prob. direc. negat.*

probatio in contrarium haud admittatur, quam ne vera quidem probatio unquam excludit. Atque hujus generis praesumptiones mallem cum Ulrico Hubero *positiones* vocare, vel juris principia, quae nullis unquam contrariis argumentis queunt convelli (1).

(1) Huber. *ad Digest. Tit. de prob. et praesump.* Harum praesumptionum celebris est in causis civilibus ea quae dicitur numeratae pecuniae, non retractato chyrographo intra biennium, in criminibus illa, quam Justinianus induxit *in novel.* 117. *cap.* 15. cujus caussa marito suspicato aliquem velle suae uxoris illudere castitati post trinas contestationes ei in scripto factas permittitur ipsum tanquam adulterum impune occidere, si convenientem suae uxori vel in hujus domo, vel in domo adulteri, vel in popinis, vel in suburbanis invenerit. Hujus porro praesumptionis hic est effectus, ut nimirum occisi cognati si ipsius necem velint vindicare, atque maritum tamquam injustum homicidam accusare probaturi defunctum nunquam reapse cum ejus uxore adulterium commisisse, non audiatur, cum pro marito vigeat haec praesumptio, qua fit ut omnes in contrarium rejiciantur etiam clarissimae probationes. Utrum recte haec juris et de jure praesumptiones inductae fuerint non facile auserim affirmare. Etenim etsi illae in caussis pecuniariis admitti non immerito possint, cum reipubblicae intersit ne ites perpetuae sint, non idem tamen dicendum est de caussis criminalibus, in quibus de rebus quidem gravioribus, de vita, de libertate, de fama hominum agitur. Praeterea nescio qua ratione isthaec de adulterio praesumptio defendi possit tanquam justitiae conformis: cum satis perspicuum sit eandem directe adversari Romanorum legibus, quibus idonae probationes semper in judiciis admittuntur, et exiguntur quas aliis contrariis argumentis infirmare permissum est. Hoc fortasse animadvertens Antonius Matthaeus quaerens an, postquam lege Constantini gladius in locum relegationis successit, omnes illi, qui lege Julia tenentur, etiam capite plectendi sint? id nequaquam affirmandum esse ait, et eum etiam a poena mortis eximit, qui post tres denuntiationes a marito sibi missas cum uxore deprehensus fuerit. Vid. Ant. Mat. *lib. cit. tit.* 3. *cap.* 2.

CAPUT SECUNDUM

De locis indiciorum.

Diximus indicium esse qualitatem, seu circumstantiam, sive omne id, quod vel hominem, vel crimen respicit. Omnes igitur indiciorum loci referri poterunt vel ad personam, vel ad factum. Nam *omnes res*, inquit Cicero, *argumentando confirmantur, aut ex eo, quod personis, aut ex eo, quod negotiis est attributum* (1), et ut optime ad rem nostram Bartholomaeus Latomus, *haerent loci in quaestione, hoc est in rebus in quaestione positis, quae partes ejus sunt, sicut et propositionis, nempe subjectum, et praedicatum. Subjectum, est, de quo aliquid dicitur, praedicatum quod dicitur de subjecto, ut an Ulysses Ajacem occiderit, Ulysses subjectum est, Ajacem occidisse, praedicatum. In hac quaestione loci argumentorum haerent in persona Ulyssis, et Ajacis, item in verbo occidendi* (2).

Triplex cujuscumque status recensetur, vel animi, vel corporis, vel fortunae. Ad animi Statum quod attinet, diligenter expendendae sunt affectiones, et cupiditates, quibus homines in scelus feruntur; cumqne affectionis ratio, uti docet Cicero, perspicuam soleat prae se gerere conjecturam, (3) inspiciendum est utrum ambitiosus, invidus, jactans, truculentus, iracundus, plus aequo liber sit, similesque animi affectiones prae se ferat, quarum diligens ratio ab Iudice criminali non solum habenda singillatim est, verum etiam mutua connexio, atque relatio, quam inter se habere, queunt, adcurate expendenda. Nam, auctore eodem Cicerone, *in*

(1) Cic. *lib. 1. de invent.*
(2) Lat. *loc. cit.*
(3) Cic. *de eod.*

singulis perturbationibus partes ejusdem generis plures subiiciuntur, ut aegritudini invidentia, aemulatio, obtrectatio. . . . . voluptati malevolentia laetans malo alieno, delectatio, jactatio; libidini ira, excandescentia, odium, inimicitia, et caetera eiusmodi (1).

Verum cum a natura ita simus comparati, ut corpus, i. e. materia illa, quam nobiscum circumferimus ita cum animo conjungatur, ut ab illius motibus perceptiones in mente excitentur, variasque vicissim mentis cogitationes diversi etiam in corpore motus sequantur, patet inde latens mortalium ingenium, et propensiones signis luculentissimis explicari posse, iis nempe, quae in omnibus humani corporis partibus, in sermone, gestu, incessu, et similibus conspiciuntur. Quae quidem veluti humanarum affectionum indicia ab Iudice criminali omittenda nequaquam sunt, seu potius non est omittenda ars internoscendi hominum ingenia jam a Viris doctissimis probata, et plene discussa (2).

Nimirum oportet perspicere quibus a natura commodis, et incommodis quis donatus sit, utrum valens, an imbecillis, longus, an brevis, formosus, an deformis; inquirendum quo incessu procedat: si cum motu corporis erecto, vultuque truci, et ad terrorem incutiendum composito, si agilis, et mollis, atque ad scenicam levitatem efformatus, si difficilis, incompositus, interruptus, et cum anhelatione quadam conjunctus. Ex hisce siquidem signis non levia avaritiae, ambitionis, crudelitatis, iracundiae, atque libidinis argumenta erueris (3).

(1) Cic. *Tuscul. Quaest. lib.* 4.

(2) Cic. *de petit. consul. vultum, ac frontem animi januam* dicit, *quae significat voluntatem abditam, et retrusam*: atque *lib.* 5. *de orat. omnem motum animi suum quemdam a natura habere vultum, ac sonum, et gestum,* Vid. dissertation., quam de incessu animi indice scripsit Heineccius.

(3) Haec omnia latius persecutus est Heinec. *in laud. dissert.*, et Samuel Strikius *in tractatu de physionomia*, ubi tamen multa vel minus recte, vel gratis omnino affirmantur.

Sed et sexus habenda ratio est. Sunt enim quaedam, quae verisimiliora in mare, quam in femina existimamus, ita ut cum Quintiliano latrocinium facilius in viro, veneficium in femina credas (1). Aetatis quoque cujusque mores notandi sunt. Alia enim pueri, alia adolescentes, alia senes moliuntur, et aliud aliis annis magis convenit. Videbis quidem puerum iram colligere, et ponere temere, ac mutari in horas; imberbem juvenem cereum in vitium flecti, asperum monitoribus, utilium tardum provisorem, prodigum aeris, sublimem, cupidumque, et amata relinquere pernicem. Videbis conversis studiis aetatem, animumque virilem quaerere opes, et amicitias, inservire honori, commisisse cavere quod mox laborat mutare. Videbis senem multa circumvenire incomoda, vel quod quaerit, et inventis miser abstinet, ac timet uti: vel quod res omnes timide, ac gelide ministrat, dilatorem, spe longum, difficilem, querulum, inertem, et avidum futuri. Hinc non immerito Cicero ab aetate duxit argumentum; Patrem a Sexto Roscio non fuisse peremptum: *Patrem*, inquit, *occidit Sextus Roscius? Qui homo? adolescentulus corruptus*, *et ab hominibus nequam inductus? Annos natus magis quadraginta* (2). Quae quidem animadvertens Alciatus quaedam esse delicta ait, quae *per aetatem alterantur et immutantur, sicuti incontinentiae*, *et libidinis vitia*, quae in adolescentibus, at non in senibus facile praesumuntur (3) cum labes eiusmodi, ut rescripsit Pontifex, in juventute nonnunquam contrahatur, frequentius in senectute expietur (4).

Restat fortunae status, ut de omnibus sit dictum, qui quidem ab Iudice aeque ac status animi et corporis in reo diligenter expendi debet. Equidem valde refert

(1) Quintil. *lib.* 5. *cap.* 10.
(2) *Orat. pro sext. Rosc.*
(3) Alciat. *tractat. de praesumpt.*
(4) *In Cap.* 14. *X. de praesumpt.*

nosse quos Parentes, quam Patriam fuerit sortitus; nam *similes*, ait Quintilianus *parentibus*, *ac majoribus suis filii plerumqne creduntur*, *et nonnunquam ad honeste*, *turpiterque vivendum inde caussae fluunt. Gentibus proprii mores sunt*, *nec idem in Barbaro*, *Romano*, *Graeco probabile est*, *et civitatum leges*, *instituta*, *opiniones habent differentiam* (1). Intuendum praeterea qua educatione, quibusque studiis fuerit institutus, cum experientia edoceamur quale cujusque fuerit puerilis educationis initium, talia etiam ut plurimum futura, quae sequuntur. Spectandum utrum opibus affluat, vel egestate sordescat, utrum in dignitate sit constitutus, vel privatam agat vitam, utrum maritus, an coelebs, utrum filiis careat, nec ne. Videndum pariter utrum cum honestis hominibus, vel cum improbis versari solitus sit, vel quomodo in vitae usu se gesserit, cum ex praeteritis aestimari soleat praesentia, quamque demum apud caeteros sui excitaverit opinionem.

Ex hisce autem omnibus, aliisve eruendum sedulo est, quae ratio esse potuerit inter laedentem, et laesum: an scilicet adfuerint inimicitiae, an spes lucri, et emolumenti, forte quod laedens heres designatus esset, et de tabularum inductione vereretur, atque, ut omnia uno complectar verbo, singula in persona ex crimine laesa investigari oportet, quae cum suspecto criminis auctore, ejusque triplici statu, et maleficii genere comparata ejusmodi sint, ut indicia praebere possint, quae constituant nexum illum inter hominem, et crimen, de quo potissimum in indiciis criminalibus disquiritur.

De Persona, seu primo indiciorum loco hactenus dictum est satis. Sequitur alter locus, qui est de indiciis, quae ex facto deducuntur. Nam, ut Ciceronis vestigiis perpetuo insistam, personae seu caussae loco conjunctus locus ille est, qui efficitur ex caussa: ut enim caussa quid sit effectum indicat, sic quod effectum est,

(1) Quintil. *loc. cit.*

quae fuit caussa demonstrat (1); et quoniam, ut explicat Boetius, caussa praeter effectum esse non potest, cum sit caussa semper effectuum, necesse est, ut ex eventibus quoque atque effectibus plurima indicia suppetant; siquidem ex caussis etiam plurima contrahuntur (2). Igitur ut ex ipso facto indicia erui queant videndum primo est, quae sint illius elementa, vel, ut ajunt, extrema, dein haec sunt conferenda cum iis, quae occurrunt in definitione criminis, ad quod factum ipsum pertinere videtur.

Quamquam non sufficit ipsum crimen contemplari, adjuncta etiam expendi oportet, in quibus, ut inquit Cicero, quaeritur quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit (3). At cum haec pene infinita sint, et quotidianis rerum experimentis melius quam doctrina percipiantur, contentus ero animadvertere juxta expositos indiciorum locos omnia reperiri posse, quae coacervatim in suis voluminibus recensuerunt praxis criminalis Scriptores (4).

Ex his satis superque elucere arbitror, quaenam indicia generalia dici possint, quaenam particularia. Siquidem ea, quae ex persona oriuntur, quaeque, cum peculiarem nexum inter eam, et factum, de quo quaeritur, non constituant, perspici possunt nullo etiam patrato crimine, non male generalia dices. Quae vero ex ipso facto, illiusque adjunctis eruuntur, particularia nuncupabis; cum eundem peculiarem rationem habeant, et ex aliis factis peculiaribus exurgant, ut suspicionem quidem proxime

(1) *In Topic.*
(2) Boet. *ad Topic. Cic.*
(3) Cic. *lib. cit.*
(4) Si quis plura de hac re desiderat, is adeat Carrerium, et Farinaccium. Ille enim triginta et octo indicia enumerat, hic decem et octo persequitur, ac explanat.

inducant vel existentiae alicujus criminis, vel ejusdem auctoris, qui hactenus incertus est (1).

(1) Vulgo haec subdividuntur etiam in communia, et propria: Illa, quae plerisque criminibus respondent, haec, quae ad certas tantum delictorum species pertinent. Sic fuga, pallor, conversatio cum malevolis, loci suspecti frequentatio, et alia ejusmodi inter communia recensentur: arma sanguine foedata, emptio veneni, claves adulterinae, et alia suspecta ferramenta homicidii, veneficii, furti, et rapinae propria indicia sunt. Verum hanc subdivisionem non invitus praetermitto. Primo enim non de crimine aliquo speciali hic loquimur, sed de delictis generatim quaerimus, proindeque communia indicia potissimum nobis quaerenda sunt: deinde per hanc subdivisionem indicia confundi facile possent cum iis, quae alicujus maleficii signa indubitata sunt, quibus positis, quaestio statim adimitur, cum tamen indiciis nisi in re controversa locus esse non possit, nec quidquam ex his veluti certum, uti vidimus, necessario deduci queat. Ut autem vel uno exemplo res declaretur: si quaeratur utrum mulier fuerit a viro compressa, indicium dicunt adesse, si ex feminae suspectae uberibus lac justae crassitici, et albedinis emulgeri possit, et ex ventris inspectione signa partus emergant. Haec profecto aliquid plus quam indicium parare, imo ipsam indicii notionem egredi nemo non videt. Vid. Bannizam *in delineat. iur. crim. lib.* 4. *cap.* 4. qui indicia propria dicta sigillatim recenset.

CAPUT TERTIUM

De ratione qua indicia probantur.

Ut per indicia id, quod est dubium probari queat, necesse est esse aliquid in caussa, quod probatione non egeat, quodque verum aut sit, aut videatur, alioquin nihil erit, quo probemus, aut quo liceat dubiis fidem facere. Et sane *quaedam*, ut ait Quintilianus, *quae in alterius rei probationem ducimus ipsa probanda sunt. Occidisti virum, eras enim adultera; prius de adulterio convincendum est, ut id, cum coeperit esse pro certo, fiat incerti argumentum* (1). At vero, si et ipsa indicia probanda sunt, eiusmodi probatio, vel ex testibus, vel ex tabulis tantum derivanda est. Quod et ipse Cicero innuere videtur inquiens, *signum esse, quod sub sensum aliquem cadit, et quiddam significat, quod ex ipso profectum videtur, quod aut ante fuerit in ipso negotio, aut post sit consecutum, et tamen indiget testimonii, et gravioris confirmationis* (2). Equidem si indicia per indicia probari posse quis existimaret, nunquam vera adesset probatio, cum semper quaestio eo recideret, ut de iis indiciis constarent, quae ad alia probanda afferuntur, atque ea ratione daretur progressus in infinitum, uti recte animadversum fuit in notis ad codicem Fabrianum (3). Quo in sensu verum est quod inquit Isidorus, probationem testibus, et fide tabularum constare (4). Quamvis enim non unum sit probationum genus, tamen quaecumque sit probatio, semper aliquid oportet testibus, et fide tabularum probari (5).

(1) Quintil. *lib.* 5. *cap. XII.*
(2) Cic. *de inven. lib.* 1.
(3) Vid. notam 7. *ad decis.* 51. *Cod. Fab.*
(4) Isid. *in lib. orig.*
(5) Recte Auctor *dei delitti e delle pene* §. 7. *Quando le prove di un fatto sono dipendenti l' una dall' altra, cioè quando*

Sed haec perspicua sunt: paullo difficilior est disputatio de numero testium, qui ad probationem indiciorum sunt necessarii, quam quidem quaestionem pluribus tricis implicarunt nonnulli rerum criminalium Scriptores. Alii enim indicium satis probatum censent cum unius hominis testimonium immediate, ut inquiunt, ipsum factum criminosum respicit, duos vero requirunt, cum testimonium non circa factum, sed circa illius adjuncta versatur. Alii generalius loquuntur, et indicia proxima a remotis secernunt; quae proxima sunt unius, quae remota duorum saltem testimonio confirmari putant (1), a quibus tamen ego dissentio. Quae enim ratio esse concipitur inter dictum unius testis de ipso facto, et probationem indicii? Indicium, uti vidimus, ex persona, et ex facto, ejusque adjunctis desumitur. Itaque id nihil commune habet cum unius testimonio, quia licet ex hoc aliquod argumentum deduci possit, attamen argumentum hoc inter ea recensetur, quae *extra rem* appellantur. Aliud est probatam dici circumstantiam, quae ipsa per re crimen non constituit, illudque tantum proxime vel remote afficit, aliud unum testem esse, qui af-

gl' indizii non si provano che tra di loro, quanto maggiori prove si adducono, tanto è minore la probabilità del fatto, perchè i casi, che farebbero mancare le prove antecedenti, fanno mancare le susseguenti: quando le prove di un fatto tutte dipendono egualmente da una sola, il numero delle prove non aumenta, ne sminuisce la probabilità del fatto, perchè tutto il lor valore si risolve nel valore di quella sola, da cui dipendono. Quando le prove sone indipendenti l' una dall' altra, cioè quando gl' indizii si provano altronde che da sè stessi, quanto maggiori prove si adducono, tanto più cresce la probabilità del fatto, perchè la fallacia di una prova non influisce sull' altra. Quae viri dottissimi verba suapte natura clarissima, et ad rem, de qua agimus mirifice accommodata nescio cur nonnulli tanquam absurda, et penitus incerta improbaverint. An vero per accusati confessionem probata indicia dici possint, alibi erit disquirendum.

(1) Vid. Bos. *tit. de indic.* Francis. Brun. *in tract. de indic.* Carpz. *Par.* 3. *Quaest.* 125.

firmat admissum fuisse scelus. Atque absurdum videtur heic distingui indicia in proxima, et remota; namque probationis necessitas, praescriptaeque a legibus probandi regulae nequeunt variari ex eo, quod magis minusve proxima sint indicia; cumque dicitur ex indiciis proximis violentam nasci praesumptionem, id ita semper intelligitur, si scilicet legitima probatione fuerint confirmata: secus res adhuc in pendenti est, nec quidquam adversus reum inferri potest, quia, ut utar verbis ipsorum Pragmaticorum, erunt quidem indicia *in substantia indicii perfecta*, sed *imperfecta in substantia probationis*. At vero unus testis, si jus Romanum consulimus, probationem non facit: *simili modo sanximus*, rescripsit ad Iulianum Praesidem Constantinus Magnus, *ut unius testis testimonium nemo Iudicum in quacumque caussa facile patiatur admitti, et nunc manifesto sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etsi praeclaro Curiae honore praefulgeat* (1). Nempe Constantinus Magnus, sicuti adnotavit Iacobus Gothofredus (2), non tantum jubet ne uni testi fides adhibeatur, sed etiam ne a principio quidem ejus testimonium audiatur. Verum si haec omnia non satis sunt, ut in rectam viam redeant, qui praejudicatis Pragmaticorum opinionibus nimium addicti ab ea longissime aberrant, in medium proferam veterem juris criminalis scriptorem Marcum Antonium Blancum, qui in hac Quaestione rem omnem confecisse videtur. „ Aliud est, inquit „ ille, quod probetur maleficium, aliud quod probetur „ indicium, i. e, qualitas aliqua vel facti, vel verbi „ separata a maleficio, ex qua oriatur suspicio penes Iudicem „ ut dicat indicium esse contra reum. Si enim testis deponit „ de maleficio non dicitur probare indicium, sed probat ma- „ leficium, ut si testis dicat vidisse Titium vulnerantem,

(1) *Leg.* 9. *Cod. de Testib.*
(2) Iac. Got. *ad Cod. Theod. in leg* 3. *de fid. test. et instrum.*

„ vel audivisse blasphemantem, vel injuriantem verbis, vel „ quid simile directe demonstrans delictum, et si duo essent „ Testes deponentes de ipso delicto, oriretur plena probatio: „ sed quando est unus tantum testis, ex ejus dicto „ imperfecto quoad plenam probationem oritur indicium, „ et per consequens indicium provenit ex probatione super „ maleficio, non autem, quod probatur indicium, et istud „ est quod voluit Bartolus hic dum dicit, illud dixi, quod „ unus testis facit indicium, est verum de uno teste, „ qui testificatur de maleficio ipso. Ex quo male dicunt ‘, moderni, quod indicium probetur per unum testem de „ visu, sed si quis vellet probare qualitatem aliquam sepa- „ ratam a maleficio, sive propinquam, unus testis de- „ ponens non faciet indicium; sed requiruntur duo testes; „ et ex his apparet non esse faciendam distinctionem inter „ probationem indicii remoti, et propinqui, cum utrumque „ probari debeat per duos testes ex regula generali (1).

At quaeri potest utrum ulla queat ex fama probatio deduci? Si ad jus civile animadvertas, famam per se fidem non facere certum est, nam jure civili generatim omne testimonium reiicitur, quod est de auditu, i. e. quo quis non dicit se vidisse, sed audivisse ab aliis, qui dicerent (2); Incertum siquidem est hoc testimonii genus, et magis etiam incertum, si quis se audivisse dicat, et nullum auctorem nominet, a quo audiverit. Iam vero haec occurrunt in fama, et rumoribus: Nam fama est de eo, quod quis ita vulgo dici, et jactari praedicat. Ut igitur quantum famae tribuendum sit intelligamus, tenenda sunt verba Ulpiani ajentis consentientem famam confirmare rei, de qua quaeritur, fidem (3). Ille siquidem non dicit famam fidem facere rei, de qua quaeritur, sed confirmare fidem,

(1) Bianc. *in tractat. de indic.*

(2) Arg. L. 14. *Cod. de Test.* Novel. *de Hered. et Falcid.* §. *si vero.*

(3) *Leg.* 3. *de Test.*

Non confirmatur fides, nisi quae praecessit. Probatio ergo prius legitima praecedat oportet, tum si accesserit fama, haec confirmabit praecedaentem probationem. Itaque si qua probatio legitime praecedit, sed obscurior, et incertior, ita ut judex adhuc de veritate probationis dubitet, tum si consentiens fama accesserit, poterit Iudicem dubitantem confirmare in fide eorum, quae aliquomodo probata sunt: quemadmodum sapienter animadvertit Hugo Donellus (1). Qua in re tamen multo judicio opus erit, quo deprehendere possimus, unde fama ipsa originem habuerit, namque si quae primo evulgata fuere non sint fide digna, eadem quoque erit ratio continuationis eorundem. Uti enim verum, si saepius ab ore hominum usurpetur, non redditur falsum, ita nec falsum, si saepius pariter affirmetur, fieri potest verum (2). Preterea aliis adjunctis fama est coadiuvanda, ac potissimum cum iis comparanda est circumstantiis, quae a persona, re, loco, tempore desumuntur. Scilicet sedulo inquirendum est, an illud factum, de quo per famam constat, ejusmodi sit, quod habita ratione ad eum, quem facti auctorem fama pervulgavit, aliquid contineat verisimile; incerti etiam rumores, quibus fama coalescit, inter se conferendi sunt; nempe diligenter videndum st, utrum quaedam, in iis occurrant vel contraria omnino, vel ita diversa, ut nequeat ex iis aliquod veluti probabile inferri. Pariter locus, ubi primo rumor increbuit, expendi debet, cum ipsa edoceamur experientia in aliquibus regionibus facile falsos rumores et vanas populi voces excitari, quibus malignitas initium dederit, incrementum credulitas. Quod ipse Cicero hisce verbis comprehensus est, *Quid signi? Nulli sumptus, nulla jactura, nulla versura. At fuit fama. Quotusquisque istam effugere potest in tam maledica Civitate? Vicinum ejus Mulieris miraris male audisse, cujus frater germanus*

(1) Donel. *ad tit. Cod. eod. Tit.*
(2) Vid. Thomas. *Dissert. de fid. juridit.*

sermones iniquorum effugere non potuit (1)? Temporis demum habenda ratio est. Ea namque attendi potest fama, quae obtinebat antequam aliquis publice custodiretur, aut alio modo suspectus criminis haberetur. Quae autem postea emergit, nihili facienda est, cum id in more sit positum, ut quoties de certa persona cognoscere Iudex incipit, quilibet ea, quae hucusque excogitare, ac dicere erubuit, jam et cogitari, et narrare non erubescat, et sic quam citissime per totam civitatem complura fama divulget, de quibus nemo antea cogitaverat, quaeque vel sunt falsa omnino, vel admodum dubia, et incerta.

(1) Cic. *pro Coelio.*

CAPUT QUARTUM

De vi indiciorum, et de ratione, qua eodem aestima ri debet.

Ex illo nexu, quem hominem inter, et crimen alibi vidimus constitui ab indicio, seu circumstantia, quae hominem vel crimen respicit, ipsa pendet indiciorum vis. Eo igitur cognito satis et haec perspecta erit. Sed non adeo expeditum quae sit vera ratio nexum illum rite aestimandi. Si Pragmaticos consulas, parum vel nihil ab ipsis traditum reperies, quo si non certam, saltem probabilem de hac re doctrinam habeamus. Etenim, uti optime animadvertit Antonius Matthaeus, *postquam vel unius testis depositionem, vel extra judicialem confessionem, vel fugam gravia, et violenta indicia facere dixerunt, adiiciunt: si tamen accedant alia adminicula, quae nihil aliud sunt quam argumenta, et indicia, quare ita ambigue locuti sunt ut idem modo asserere, modo negare videantur* (1). Ut igitur rei non parum obscurae, et Pragmaticorum figmentis involutae potius quam explicatae, lux aliqua afferatur, primo quasdam constituam generales regulas, quae aliquid verisimilitudinis habeant, ipsique conveniant experientiae, deinde ad nonnulla indicia quae magis in foro praedicantur, regulas ipsas ita accommodare conabor, ut earundem veritas magis magisque elucescat, simulque quisque possit ad similia procedere, justum ferre indicium de caeteris indiciis, quae, cum infinita sint, nequeunt brevi oratione comprehendi.

(1) Ant. Matt. *ad cit. lib. Tit.* 16. *cap.* 3.

REGULA PRIMA

Dicimus indicium non facere necessario, ut revera connexio aliqua sit inter, crimen et personam; nec ab indicio impediri, quominus ille revera sit innoc ens qui nocens ab indicio ostendi videbatur. Quod ideo diximus, quia quisque leviter etiam animadvertens facile intelligit, indicium non ex uno certissimo, ac constanti principio, sed ex vario, ac multiplici caussarum genere oriri, quarum aliae omnem reiiciunt, aliae quandam inducunt suspicionem adversus certam personam. Expendendae igitur in primis sunt diligentissime caussae omnes, quibus indicium acceptum referi potest, dein videndum ab Iudice est quaenam ex hisce caussis verisimilior appareat. Id autem prestari nequit, nisi ad trutinam revocemus tum argumenta, quibus suspicio ipsa confirmatur, tum ea, quibns minuitur, ita ut habito respectu ad majorem, minoremve numerum hujusmodi argumentorum, major quoque, aut minor dici debeat probabilitas, ob quam indicium de cujus vi quaeritur, ortum censeatur ab ea caussa, quae facit ut Persona cum crimine, et crimen cum Persona rationem habere videatur. (1) Quae quidam nunquam satis deprehendi poterunt, nisi personae indoles, et criminis natura sedulo expendantur, quae duo probabiliorem indicii caussam facile declarabunt. Cum enim saepe in caussis criminalibus uti cogamur indicio, quod fortasse adest tanquam medio, ut inquiunt, cognoscendae veritatis, notiones, quae de delicto, ejusque suspecto auctore habentur, non immerito cum indiciorum notionibus comparabimus, ut ex hac comparatione deducatur, quae reapse sit ratio inter indicia, crimen, et personam. Praeterea et locus, et tempus, atque caetera adjun-

(1) *Vis argumentorum*, inquit Ant. Genuens. *loc. cit.*, *in eo consistit, ut si non necessario, saltem valde probabiliter non posset non ita concludere. Quod si potest duplici modo concludere tunc probabilitas eo magis decrescit, quominus improbabilitas adest etiam altero modo posse concludere.*

quo spectanda sunt, quibus non solum natura ipsius facti, ex quo indicium eruitur diversimode mutari, seu, ut ajunt, qualificari potest, sed etiam plura inde queunt veluti consequentia deduci.

SECUNDA REGULA

Indicia, quae generalia appellavimus, non possunt omnino ea dici, quae proximum nexum constituant inter auctorem, et crimen. Namque cum delictum factum peculiare sit, non possumus equidem alicui veluti illius Auctori tribuere solis innixi indiciis generalibus, cum haec generalem tantum, non specialem ad delictum rationem habeant. Neque enim concesso genere, ut inquiunt, certa species bene conceditur. Itaque particularia etiam indicia expendenda sunt, ut hoc pacto ad id, quod quaerit, Iudex perducatur. Res mirifice, illustratur exemplo, quod est apud Aulum Gellium, apud quem, ut ipse narrat; a Praetoribus lectum in Iudicem petebatur pecunia, quae dicebatur data, numerataque, sed qui petebat neque tabulis, neque testibus factum docebat, et argumentis admodum exilibus nitebatur; non potuit equidem is acquiescere Phavorini consilio, licet exemplo M. Catonis prudentissimi Viri firmato, ipsum suadentis, ut eum, a quo petebatur, condemnaret ex eo solum quod ille, unde petebatur, homo esset non bonae rei, vitaque turpi, ac sordida, convictusque vulgo in mendaciis, plenusque perfidiarum, et fraudum: is vero, qui petebat, vir ferme bonus esset, notaeque, et expertae fidei, et vitae inculpatissimae. Porro omnia, quae heic Gellius attulit ad classem generalium indiciorum referenda sunt, quae idem non tanti fecit; ut de peculiari quaestione ex ipsis aliquid veluti certum inferre, aut indicare posset. Ipsi siquidem videbatur cognovisse eo pacto, condemnasse de moribus, non de probatione rei gestae, ac propterea juravit sibi non liquere (1).

(1) Aul. Gel. *Noct. Attic. lib.* 14. *Cap.* 1.

TERTIA REGULA

Potius indicia generalia veluti fundamenta totius artificialis disquisitionis constituenda sunt, et habita ratione ad eorum naturam, expendenda est vis indiciorum particularium, ita ut quo major, vel minor particularium cum generalibus deprehenditur connexio, eo magis, minusve particularia inter crimen, et eum, quem auctorem quaerimus verisimilem nexum efficere judicemus. Id ipsum in suis orationibus non sine utilitate praestitit Cicero, qui cum accusatoris, defensorisve munus susciperet, praecipuum quaestionis pondus ad generalium indiciorum examen redigebat; *Omnibus in rebus*, inquit in oratione pro Sylla, *quae graviores majorisque sunt, quid quisque voluerit, cogitaverit non ex crimine, sed ex moribus ejus, qui arguitur est ponderandum.* Et in oratione pro Sexto Roscio ea primum ab accusatore postulavit, sine quibus verosimile haud erat crimen, de quo agebatur ab ipso Roscio fuisse admissum: Nonne, ait, *audaciam ejus, qui in crimen vocatur singularem ostendere*, (oportebat) *et mores feros, immanemque naturam, et denique omnia ad perniciem profligata, et perdita?*

QUARTA REGULA.

Hinc, dum plura simul concurrunt indicia, non solum ipsa separatim consideranda sunt, verum etiam inquiri debet, an ulla adsit peculiaris ratio, atque conjunctio. Probabilitas enim, quae ex uno indicio oriri potest, augetur singulis indiciis, quae vel ex eodem, vel ex diversis principiis desumpta sint, quaeque tamen ad idem tendere videantur, *cum non solum ea sit*, ut inquit Antonius Genuensis, *in ratione connexionis cum suis principiis, sed etiam in ratione numeri argumentorum, non secus atque pondus in lance augescit in ratione non modo ponderis granulorum, verum etiam in ratione numeri* (1). Hinc docet Cicero verisimilia partim movere suo pondere, partim, etiamsi videantur esse exigua, multum tamen cum sunt coacervata proficere (2). *Tanto igitur*, statuit optime Fridericus Bohemerus, *fortius stringunt quoties eorum plura conjunguntur, cum tunc vis conclusionis ex consensu plurium dependeat* (3).

(1) Vid. Ant. Genuens. *loc. cit.*
(2) Cic. in *partit. orat.*
(3) Vid. Bohem. *Al Carpz. Par.* 3. *Quaest.* 120. *Obser.* 1.

CAPUT QUINTUM

De quibusdam indicii, quibus tamquam exemplis propositae regulae confirmantur.

Hisce velut generalibus regulis ita constitutis venio ad id, quod secundo loco pollicebar, easque accommodare aggredior indiciis illis, quae magis in foro celebrari solent. Sed antequam ad haec deveniam, operae praetium arbitror aliquid edisserere de ea *juris*, ut inquiunt, *praesumptione*, ut nempe *bonus quisque presumatur donec, malus probetur, et ut semel malus semper malus praesumi debeat.* Plurimum siquidem interest hanc rite intelligere, cum inde varia nostri juris scriptores ad doctrinam probationum pertinentia deducant. Quod quisque bonus debeat praesumi, id, si rite animadvertimus, nititur eo jure, quod unicuique competit, ut bene de ipsius vita, et moribus existimetur, nisi probabilia adsint argumenta, quae aliter suadeant. Hoc jus, quod *ad bonam famam* dicitur, eum habet effectum, ut si ab aliquo coram judice accusetur ille, qui merito bonus praesumitur, debeat accusator, quod intendit legitimis confirmare probationibus, secus hisce deficientibus non auditur. Quid vero si qui bonus praesumitur a caeteris aliquid expostulet innixus solum hujusmodi praesumptione? Tunc praesumptio non prodest, et ratio discriminis in eo sita est, quod in priori specie praesumptio bonitatis tuetur hominem, quem alius constituit civiliter reum, ad quem probationum necessitas ordinario non pertinet, proindeque per hanc praesumptionem nihil mutatur, sed tantum in suo statu natura negotii confirmatur; in posteriori autem homini faveret tanquam actori, qui intentionem suam probare debet; unde praesumptio haec loco probationis haberetur, quae sufficiens haud est, cum sit nimis generalis.

Haec si perpendantur facile intelliguntur omnia; quae de exposita praesumptióne fuse disputant Pragmatici: nem-

pe intelligitur quae sit ejusdem vis, et quando eadem admitti quando reiici debeat. Inquiunt enim hanc praesumptionem non attendi, quando volumus alteri damnum afferre, et merito inquiunt, namque hac in specie praesumptio bonitatis non solum eum tueretur, cui ipsa favet, sed etiam novum rerum statum induceret, quod minime fieri potest, nisi per legitimas probationes veritas prius innotescat. Hinc Scaevola interrogatus, an filius, quem mater gravida repudiata, absente marito, enixa est, et spurium, in actis est professa, sit in potestate patris, nec obsit ei professio a matre facta, respondit veritati locum superfore. (1) Hanc regulam Doctores extendunt etiam ad eos qui in vitae extremis sunt, adeout etsi in hac specie praesumpta bonitas magis urgere videatur, nunquam tamen sufficiat ad veram probationem inducendam, quae omnino requiritur, ut cum de alterius damno agimus, in judiciis vincamus. Docent praeterea hanc praesumptionem non ita intelligendam esse, ut quis non solum bonus praesumi debeat, sed etiam optimus: verum et huc recidunt quae diximus; praesumptio siquidem bonitatis nil directe affirmat, sed in sola negatione consistit, quatenus scilicet quisque bonus non debeat a caeteris malus praesumi, nisi post adductas legitimas probationes. Ut vero quis optimus praesumi debeat; cum id non nisi ex multis animi praesertim dotibus queat constitui, numquam hae praesumuntur, nisi probatae fuerint. Pariter neque testibus, neque iis, qui honores, dignitatesque petunt satis opitulatur ea, de qua loquimur, praesumptio. Cum enim debent et ipsi aliquid de alis proferant, vel a ceteris petant, istiusmodi dicta petionesque non simplici hac praesumptione, sed certis, legitimisque argumentis inniti (2).

Insuper etsi, ut inquit Thomasius, omnes praesumptiones *delicti esclusivae* esse dicantur, (3) hoc tamen obtinet, si

(1) *Leg.* 29. *de prob. et praesum.*
(2) Vid. Menoch, *lib.* 5. *praesump.* 1. Alciat *cit. Tract.*
(3) Vid. Tom. *Dissert. de bonit. praes.*

in inquisitus se neque physice, neque moraliter delicto caussam dedisse affirmet. Verum enimvero ubi actum physicum se perpetrasse confiteatur, quod v. g. per ipsum interfectus sit homo, et tantum moralitatem neget, nempe dicat vel cum moderamine inculpatae tutelae, vel culpose solum, aut plane casu occidisse, tunc praesumpta bonitas cessat, itaut alleganti moderamen illud, culpam item, et casum probatio incumbat, et si in probando deficiat poena ordinaria uti dolosus homicida nihilominus puniri soleat. Etenim, uti optime Cujacius animadvertit, fecisse eum constat: occidisse constat; ejus est, quem constat occidisse, purgare suam innocentiam, et probare dolum malum abesse, i. e. non occidisse animo occidendi. Dices, ergo negantis est probatio: ergo negatio probari potest. Pessima est collectio, quia haec negatio non est simplex negatio, sed tacita asseveratio, se fecisse casu. Simplex negatio, veluti non occidi, probari nullo modo potest; hoc non fert rerum natura, ut probetur negatio simplex. At negatio, quae in se continet affirmationem, puta, non occidi animo occidendi, quod est vi ipsa, occidi casu, non animo, probari potest, et debet, cum generalis de Reo regula sit in omni defensione, quam facit, pro actore habendum esse (1). Praeclare auctor Rhetoricorum: *Constitutione reperta*, inquit, *statim quaerenda est ratio. Ratio est, quae caussam facit*, *et continet defensionem. Ergo affert eam, quae nisi intercederet ne caussa quidem esset. Ille enim*, *inquit*, *Patrem meum occiderat. Ergo ratio ea est*, *quae continet defensionem*, *sine qua ne parva quidem dubitatio potest remorari damnationem* (2). Igitur et heic superius exposita locum sibi vindicant, quod nempe praesumptio non prodest illi, ad quem spectat probandi necessitas. Quapropter illud juvat animadvertere praesumptionem hanc bonitatis, etsi vulgo *juris* dicatur,

(1) Vid. Cujac. *ad Tit. Cod. de leg. Cornel. de Sicar.*
(2) *Ad Her. lib.* 2.

ex iis tamen non esse, quas Henningius Bohemerus *qualificatas* appellavit, cnm nunquam eximat ab onere probandi eum, cni onus illud impositum est (1).

Praesumptioni de bonitate contraria obiicitur praesumptio, ut semel malus semper malus dici debeat· Praesumptio haec nititur Bonifacii Octavi rescripto, atque ex quorundam sententia fundamentum habet etiam in jure civili (2). Interpretes eam ita declararunt, ut semel malns, semper malus intelligatnr in eodem genere mali, vel illi simili, secus in diverso genere: quamvis Alciatus arbitretur hunc, qui semel fuit malus, habere contra se aliquam suspicionem, ut malns sit in aliis diversis malis ob magnam necessitndinem, quam habent vitia inter se (3).

(1) Non videtur tamen exposita de doli praesumptione regola ita absolute intelligenda ut numquam aliter judicari fortasse debeat. Quid enim si agatur de homicidio in solitudine, et tenebricosae noctis tempore perpetrato, et reus, qui dicit occidisse jure inculpatae tutelae sit homo probns, occisus vere ille fuerit, quem improbum, et ad omnia scelera paratissimum declaraverit maleficiorum frequentia? Profecto etsi nullam probationem ad defensionis necessitatem demonstrandam ad propriamque tuendam innocentiam afferre reus possit, non tamen adeo facile dixerim, eundem uti dolosum homicidam illico puniendum esse. Adsunt enim in hac specie generalia in occiso homine indicia, ex quibus sin proxime, saltim remote, ut inquiunt, argumenta aggressionis deduci possunt, quae majorem etiam probabilitatis vim acquirent, si eae rationes perpendantur, quae inter reum, et occisum fortasse aderunt, quibusque verosimilis in hoc doli caussa, in illo nulla fere bujusmodi caussa ostendi poterit. Porro nemo non videt illud semper uti maximum innocentiae argumentum haberi, quod ex defectu caussae dolum arguentis nascitur, quemadmodum et inferius demonstrabitur. Praeterea si locus, si tempus, si alia in occiso homine adjuncta expendimus, nonnulla fortasse emergent peculiaria indicia, quibus de facta ab occiso aggressione merito suspicari possimus. Igitur in hac specie vel absolvendus erit reus vel saltem ampliaoda erit caussa, uti solebant quandoqne Romani Iudices, quod quidem, si serio animadvertas, illa Auli Gellii species, de qua supra locuti sumus, confirmare videtur.

(2) *Cap.* 8. *de reg. iur. in sex. leg.* 7. *ff. de accus. et inscrip*·

(3) Alciat. *loc. cit.*

Sed plura sunt, quae impediunt, quominus hujusmodi regulam, seu praesumptionem pontificio rescripto roboratam, et in foro sine controversia receptam omni exceptione majorem existimemus. Ipsa enim constans experientia nos docet, fundamentum hujus praesumptionis esse in peccandi consuetudine, quam quis contraxerit; nam quod ex consuetudine agitur ex natura agi dicitur, cum consuetudinem alteram naturam esse factum sit tritum sermone proverbium. Porro haec peccandi consuetudo nonnisi frequentibus actibus adquiritur, cum nemo possit, auctore. Cicerone, repente vita mutari, aut natura converti (1). Igitur licet aliquis semel, vel bis unius alteriusve criminis reus deprehendatur; parum tamen vel nihil inde deduci poterit, ut praesumi in posterum debeat malus etiam in eodem genere mali, et quemadmodum qui injustus vere est ob unum, alterumve justitiae actum injustus esse non desinit, ita et qui justus fuit, etsi quandoque erraverit, injusteque egerit, non tamen injustus omnino dici potest. Paucis actibus non adquiritur habitus, paucis non amittitur. Sed nec ex jure civili aliquid erui potest, quod huic praesumptioni favere videatur, quamvis id arbitrentur complures nixi auctoritate Ulpiani, qui dixit ad novi criminis accusationem non facile admittendum eum, qui jam per calumniam de alio crimine accusavit (2). Ideo enim Ictus de calumnia notatum ab accusando in hac specie repellit, quia suspectus de calumnia habetur non praesumptione *juris*, sed praesumptione *juris, e de jure*: frequens quippe est in jure Romano, et in variis Digestorum, et Codicis locis extant exempla ejus, quod certo modo constitutum fuit non quia sit verisimillimum; sed quia id exigat publica animadversio, et civili conveniat utilitati. Accedit ad regulam generalem constituendam non satis recte usurpari quod peculiari ratione Romanorum

(1) *In orat. pro Sylla:*
(2) *Dic. leg. 7. de accus. et inscrip.*

temporibus congruebat. Romanos namque ad calumniandum pronos fuisse, multasque in accusando admisisse fraudes, ut poenas calumniatoribus debitas eluderent, constat tum ex inscriptione in crimen, qua accusatores ad eandem poenam obstringebantur, quae criminis convictum manebat, tum ex iis, quae habet Iacobus Gothofredus varias referens speciosas rationes, et praetextus, quibus Calumniatores poenam effugere studebant, modosque, quibus his occursum ire curarunt providi Imperatores (1). Itaque rectius se geret Iudex, si potius ex ante actae vitae ratione; ex affectionibus, quibus irretitus, ex moribus, quibus institutus cernitur, atque ex iis, quae non semel, aut bis, sed saepius fecerit, aut dixerit, collegerit utrum qui criminis auctor arguitur, peccandi consuetudinem contraxerit nec ne.

Iis tamen omissis, quae de exposita praesumptione afferri uberius possent, accedo propius ad quaedam indicia, eorumque vim aestimare aggredior ope eorum, quae supra veluti generalia principia tradidimus. Suspectum criminis aliquem facit cum improbis; sceleratisque hominibus conversatio; pares enim cum paribus facillime congregantur, ut est in proverbio (2). Igitur inter indicia, quae ge-

(1) Vid. Gothofr. *ad Cod. Theod. Tit. de Calumn.* Hac una levissima, saepe et saepius incerta praesumptione arbitror niti eam judiciorum criminalium praxim, cujus caussa reus unius criminis convictus torquetur, ut fateatur, utrum et alia admiserit scelera. Sed cognita levitate hujusce praesumptionis, patet quam sit iniquus in hac hypothesi tormentorum usus, quem ipse Franchinus Rusca, qui ceteroquin non ultimum inter tormentorum Patronos locum obtinet, hisce verbis improbat in suis practicis observationis de usu torturae — *Difatti*, inquit ille, *si parte primamente da puro sospetto, che per se stesso non è senza ingiuria manifesta dell' uomo, il quale senza un' accusa formale d' altri delitti, senza alcun dato certo di congietture si presume già reo, e come tale non s' invita interrogando, ma tormentando si constringe á scuoprire delle reità, che possono essere egualmente sognate dal Giudice, che commesse dal paziente.*

(2) Cic. *in Cat. maj.*

neralia diximus, merito, recensetur cum malefactoribus conversatio, scilicet quotidianae vitae consuetudo, sicuti eam in sensu juridico definivit Brissonius, et vere (1). Ut hujus indicii vis aestimari possit expendendae sunt caussae, quae hanc consuetudinem valent cohonestare, et eae, quae adversus reum urgent, et aliquam criminis suspicionem inducunt. Videndum itaque est utrum qui cum sceleratis hominibus conversabatur vel ignoraverit, vel deceptus fuerit, utrum stupidus, et imbecillis judicii sit, utrum consanguinitatis vinculo, vel aliqua officii ratione cum ipsis conjungeretur. Hae porro caussae quo majori in numero afferri possunt, eo magis impediunt, quominus quid contra eum suspicari Iudex possit: quod si nulla ex his adduci poterit, sed ipse scienter quotidie clam cum improbis hominibus consuetudinem habuerit *strictam*, *et continuam*, uti loquitur Farinaccius (2), tunc sane ex hoc orietur indicium, quod majorem, vel minorem nexum inter eum, et crimen constituet, prout vel omnia, vel quaedam horum adjunctorum occurrunt. Illud tamen sedulo animadvertendum est, hoc indicium generale esse proindeque ex iis non habendum esse, quae proxime statum quaestionis afficiunt. Quare ipse Farinaccius non abs re docuit hoc indicium *non solum remotum esse, sed generale, licet bene coadjuvet alia indicia* (3).

Inimicitia, quae arguitur in reo suspecto cum persona ex crimine laesa, ex iis indiciis solet aestimari, quae probabilem caussam Iudici ostendunt, ob quam crimen admissum dicatur. Interpretes juris criminalis in vi hujus indicii ponderanda vage nimis, ut ego arbitror, locuti sunt, vel non satis recte ad rem, de qua agimus. Quaerunt nempe solum quae inimicitia capitalis, aut non capitalis in jure existimetur, et ideo quaerunt,

(1) *De verb. signif. voce conversari.*
(2) Farinac. *lib.* 1. *tit.* 5. *quaest.* 49.
(3) Vid. Farinac. *loc. cit.* §§. 22 23. 24.

ut deinde statuant, qui inimici debeant ab accusatione, aut testimonio repelli. Sed hoc non sufficit: Videndum quoque quae inimicitia ortum dare potuerit crimini, de quo fortasse cognitio suscepta est. Qua in re vellem, ut ex comparatione causae, quae inimicitiam excitavit cum conditione personae, quae criminis arguitur deduceretur, utrum gravis inimicitia, vel levis habenda sit, non simpliciter in se, sed habito respectu ad eas animi affectiones, ex quarum diversitate fortiores, levioresve stimuli ad odium, ad vindictam excitari solent. Nimirum inimicitiae caussa non solum qualis in se generaliter est, debet perpendi, sed tota est aestimanda ex ejus, qui inimicitiam contraxit, indole, cum non omnium sit idem vindictae studium, nec omnes omnia aeque graviter ferant. Vellem quoque, ut ratio temporis haberetur, et ut eventus natura apprime exploraretur; usus quippe hujus indicii maxime in delictis deliberatis cernitur, vix in iis, quae ex improviso, et in rixa suscipiuntur, uti observavit Fridericus Bohemerus (1). Hinc sapienter dixit Cicero odium esse iram inveteratam, inimicitiam esse iram, quae ulciscendi tempus observat (2).

Contractam inimicitiam minae ut plurimum sequuntur. Indicium, quod ex minis eruitur satis superque etiam Pragmatici explicarunt. Ajunt scilicet probe dignoscendam esse personam, quae minata est, atque eas circumstantias spectandas esse, in quibus eadem constituta erat: minae siquidem ejus indolis hominem, qui solet, et potest eas exequi, onerant, non eos, qui faciles ad minandum sunt, difficiles, timidi et impotentes ad exequendum. Praeterea inspiciendum monent, an ex proposito, vel impetu, nempe per iracundiam illico post acceptam injuriam minae prolatae fuerint, cum verba temeraria, quaeque irae impetus inconsulto effudit, aut

(1) Bohem. *ad Carpz. Par.* 3. *Quaest.* 101.
(2) *Tuscul. Quaest. lib.* 4. consonat regula prima §. 22.

lubricum linguae, aut furor quidam vindictae intempestivus excitavit, non semper attendenda sint. Addunt comparationem fieri oportere minarum cum admisso crimine, adeout magis urgeant speciales minae, quae eventus naturae respondent, quam generales. Quae quidem omnia quae sapienter de minis Pragmatici tradiderunt (1), quisque paullo animadvertens facile intelligit comprehendi iis regulis, quas supra exposuimus.

Quicumque ratum habuerit admissum crimen non solum mandatum de ipso patrando dedisse praesumitur, sed etiam ex quorundam doctrina novum quodammodo crimen contrahit, Ratihabitio aliud in jure, aliud in naturali verbi notione significat. In sensu civili ratihabitio definitur a Brissonio *actus consentiendi iis, quae alter gessit meo nomine* (2): Si vero naturalem verbi notionem expendimus, sumi ratihabitio potest pro qualibet alterius facti laudatione, et approbatione. Ex sola ratihabitione autem in utroque sensu accepta novum crimen exurgere mihi probari non potest. Etsi enim nunquam laudandus sit qui ratum habet antea perfectum scelus, caussa tamen ejusdem ratihabitionis affici civili poena non potest; cum in puniendis sceleribus spectari oporteat tempus, quo commissa sunt (3); quodque hoc tempore actum est nihil pertinet ad eum, qui postea ratum habet. Quod autem Ulpianus dixerit in maleficio ratihabitionem mandato comparari id intelligendum est de delicto, ex quo datur etiam actio civilis, et ex quo aliquid lucri pervenit ad eum, qui ratum habuit. Hoc sane eruitur ex ipsa Ulpiani doctrina, quae refertur ad interpretationem edicti, in quo de interdicto *de vi et vi armata* sermo erat, neque enim poterat de publicis animadversionibus in suo edicto agere Praetor, cum hac

(1) Vid. Menoch. *lib.* 1. *de praesump. Quaest.* 89. Farinacc. *ib.* 1. *tit.* 5. *Quaest.* 50. *Carpz. loc. cit.*

(2) *De verb, signif. verb. ratihabitio.*

(3) *Leg.* 16. *ff. de poenis.*

ad merum imperium spectarent, quod ipsi minime competebat. Porro in caussis civilibus facile rati habitio mandata potes aequiparari, cum in iis agatur de privatorum juribus, et specialibus obligationibus, quibus aliquis adstringitur ad aliquid alteri dandum, vel faciendum. In his siquidem parum vel nihil refert, utrum mandatum praecedat, vel subsequatur ratihabitio (1). Equidem si crimen patratum ex iis sit, quae solo consensu, et sola comprobatione perficiuntur, tunc facile concesserim ex ratihabitioue crimen oriri. Verum, uti optime adnotavit Berardus, tunc proprie non est ratihabitio alieni criminis, sed proprium, et singulare, imo et novum crimen illius, qui dicitur laudare, et ratum habere, uti potissimum cernitur in crimine haereseos, in quod incidit; qui haereticam doctrinam ab alio prolatam laudat, et ratam habet (2).

Melius itaque sentiunt qui ex ratihabitione simplex indicium oriri dicunt, cujus caussa illum qui admissum scelus ratum habuit, reapse mandatum dedisse suspicamur ita tamen, ut in aestimanda hujus indicii vi ratio habeatur ad ea, quae in traditis generalibus regulis fuere exposita. Interim animadverto ratihabitioni ita proprie dictae in nostro jure maojrem vim inesse, quam simplici facti alterius laudationi. Plura siquidem in hac occurere possunt ex quibus verisimilius sit alias ob caussas quemque laudasse crimen, quam quod revera mandatum dedisse praesumi debeat. Quid enim si ex crimine ille laesus fuerit, qui bonis omnibus infensus erat, pestis civitatis, cujus libido ex oculis, rapina e manibus, flagitium e corpore affluebat? Hac sane in specie facile laudatio criminis explicari potest, quin eadem criminis mandato, vel consilio statim accepta referatur. Videtur namque ipsa natura permittere, ut malorum hominum exitio laetemur, uti

(1) *Leg.* 152. *div. reg. iur. antip.*

(2) Vid Berard. *Dissertation. ad jus Canon. Tom.* 4. *Par.* 3. *disert.* 1. *Cap.* 3.

hac de caussa laetari frequenter conspicimus eos etiam honestos viros, a quibns omnis prorsus aliena est mandati, aut consilii suspicio. Qua ratione objectum sibi ab Antonio crimen, quod in caede Clodii partem aliquam habuisset, cum eadem laetatus esset, repulit Cicero inquiens: *Quid ergo in tanta laetitia cunctae Civitatis me unum tristem esse oportebat?* (1). Quod si de ratihabitione, uti accipitur in jure, loquamur, difficile profecto videtur, ut haec duo simul concurrant, et affirmatio rei qui dicit se mandatum delinquendi habuisse, et ratihabitio ejus, a quo se mandatum accepisse reus ipse fatetur nisi revera mandatum intercessisset. Tunc enim simplex rei confessio, quae in nuda affirmatione consisteret, confirmatur qnodammodo, et sustinetnr ab ipsa nominati ratihabitione. Quamvis non ita haec intelligi velim, ut ab aliis etiam caussis potius quam a mandati, vel consilii praesumptione tam nominatio a reo facta, quam ipsius nominati ratihabitio oriri nequeat. Simile hujusce rei exemplum praebet idem Cicero, qui ab Antonio accusatus fuerat veluti auctor caedis C. Caesaris, quod M. Brutus pugionem cruentum extollens Ciceronem exclamaverit, et hic morte Caesaris laetatus fuerit. Respondit siquidem videndum Antonio esse, ne illa caussa fuerit eum appellandi, quod cum res gessisset consimilem rebus iis, quas ipse gesserat, ipsum potissimum testatus est se aemulum suarum laudum extitisse. Quod etsi ab ipso Cicerone gratis dictum videatur ipse tamen Brutus ad eundem scribens satis diserte confirmat. *Sed mihi*, inquit, *prius omnia Dii, Deaeque eripuerint, quam illud judicium, quo non modo heredi ejus quem occidi, non concesserim, quod in illo non tuli sed ne Patri quidem meo, si reviviscat, ut patiente me plus legibus, ac Senatu possit* (2). Haec sane Bruti verba ostendunt non alieno consilio sed potius acquisita a Majoribus libertatis retinendae cupiditate ad Caesarem oc-

(1) Cic. *Philippic.* 2.
(2) Vid. Cic. *epist. ad Brut.*

cidendum fuisse impulsum. Quod vero morte Caesaris laetatus fuerit Cicero non ipsi id proprium fuit, sed pluribus commune, qui illud factum probaverunt. *Ecquis,* ait, *te excepto, et iis, qui illum regnare gaudebant, qui illud aut fieri noluerit, aut factum improbarit?* (1)

Etiam ex frequentatione loci, in quo scelus patratum est, desumitur indicium. Sed generatim, inqnit Bohemerus, eadem innoxia est, et honestissimam caussam habere potest. Quare observat hujus indicii vim petendam esse a defecto caussarum, quibus frequentatio ipsa defenditur quaeque effictae magis, quam verae appareant: item, temporis, quo quis visus est, opportunitate. Atque huc si de furto agatur, auctore eodem Bohemero, spectat tempus nocturnum, vel diurnum, si executio furti clandestini facta fuerit noctu, vel diu, aut inter epulas, aut durante cultu divino, quo tempore a domo abesse homines solent. Haec et alia suggerit laudatus auctor (1), quae si perpendantur statutis regulis apprime respondent.

Inter indicia, quae potissimum in criminali judicio solent attendi fuga communiter recensetur, de qua plura nostri juris Scriptores commentati sunt, et praesertim Farinaccius, qui varias tradidit regulas, quas iterum iterumque excipit, ut vix ulla excogitari possit species, ad quem traditae regulae tuto accommodari possint (2). Quod igitur attinet ad fugam tria tempora generatim distinguuntur; etenim aut fuga peracta est ante coeptam inquisitionem, sive motas querelas, aut postquam instituta inquisitis est, aut demum cum jam suspectus criminis carceris custodiae fuerit commissus. Si primum fugam ex criminis conscientia susceptam arbitrantur; si alterum nullum indicium, sed tantum levem aliquam suspicionem oriri ex fuga autumant; si tertium, ajunt fugentem e carcere ha-

(1) Cic. *cit. Philippic.*
(2) Vid. Bohem. *observ.* 3. *ad Carpz. Par.* 3. *Quaest.* 120.
(3) Vid. Farinac. *lib.* 1. *tit.* 4. *Quaest.* 3. *et tit.* 3. *Quaest.* 48.

beri pro confesso, quod spectat ad ipsum crimen, non quod attinet ad ejus qualitates, dummodo tamen delictum, seu caussam, ob quam custodiebatur, sciverit, et pro inquisitione speciali legitime fuerit in carcere detentus (1)

Verum enimvero si res recta ratione potius quam incertis Doctorum opinionibus aestimanda est, diligenter animadvertendum videtur cum Friderico Bohemero, nulla etiam habita temporis ratione, eas caussas adesse posse, quae fugam cohonestare ita valeant, ut discriminis ratio a diversis petita temporibus cesset (2). An non fieri potest, ut quis statim ac sciverit crimen aliquod fuisse admissum, veritus forte Iudicis saevitiam, aut falsos testes fugiat, etiamsi nondum de eo specialis instituta fuerit inquisitio? *Omnes*, inquit Cicero, *quorum in alterius manu vita posita est, saepe illud cogitant quid possit is, cujus in ditione, ac potestate sunt, quam quod debeat facere* (3). Ad alteram speciem quod attinet, non prorsus negaverim in ea magis verisimiles quam in prima specie has, et alias hujusmodi caussas apparere; verum id non sufficit, ut illico cum Pragmaticis dicamus fugam in prima specie efficere certum patrati criminis indicium, seu etiam probationem, cum minus quidem, attamen aliquomodo probabile sit ex aliis potius caussis, quam ex criminis conscentia fugam oriri potuisse. Sed major absurditas in eo elucit; ut nimirum fugens e carcere pro confesso habendus sit. Satis profecto tum naturalis libertatis amor, tum carceris squallor, et vita vegetantibus auris, omnique destituta jucunditate fugientem excusant, quin statim pronunciemus fugam e carcere pro confessione criminis esse habendam. Neque Pragmaticis prodest Callistrati auctoritas,

(1) Vid. Tabor. *ad costit. Carolin. Menoch. loc. cit.* Clar. *lib.* 1. §. *final. Prac. crim. cum additionibus.* Farinac. *loc. cit.*

(2) Vid Bohem *loc. cit. observ.* 7.

(3) Cic. *in orat. per P. Quin.*

qui carceris effractores puniendos dixit (1). Ideo enim hoc dixit quia Romano jure ipsa carceris effractio capitale crimen constituebat.

Posthabitis igitur Doctorum sententiis rem omnem juxta expositas regulas sic discutiendam existimo. Cum inter fugae caussas, quae statui possunt, pugna quaedam deprehendatur ob recensitas, aliasque rationes, quae incertam reddunt fugae originem, investigandam dicerem personae, quae fugit, conditionem, et criminis, quod fuit patratum naturam. Adjuncta etiam, et singulae expendi debent circumstantiae, in quibus persona fugens fuerit constituta; et inde habita horum omnium ratione, inferendum quaenam ex fuga sumi interpretatio debeat. *Facilius*, ad rem Bohemerus, *conscientiam sinistram admitterem, si quis, de quo nemo hactenus sinistre cogitavit, ex improviso elabitur, qui ipso hoc suo facto se suspectum reddit, adeoque non tam an coepta sit inquisitio, sed an de eo male opinari coeperit Iudex, unice inquirendum.* Hinc singularem speciem refert Ordini Istorum Hallensium olim oblatam. „ Funesto latrocinio occulte admisso
„ Iudex omni diligentia inquisiverat in auctorem; sed ne
„ vestigium quidem eruere poterat, adeoque in caussa
„ quasi desperata paullo segnior pedetentim esse coeperat.
„ Hinc civis quidam amicos ad lautum convivium vo-
„ caverat, cumque iis inter gaudia multum temporis tam
„ laetabundus transegerat, donec medias inter compota-
„ tiones inopinatus rumor intercedebat duos facinoris au-
„ ctores in vincula a Magistratu esse conjectos. Quo com-
„ perto hospes jam discalceatus, vestibusque discinctus,
„ relictis domi Sodalibus, mox muros civitatis transcen-
„ debat, postridie fuga a magistratu revocabatur. Hunc
„ negantem, nec ullas fugae caussas allegare valentem
„ ex hac sola circumstantia ad tormenta damnatum novi
„ Ipsa enim fuga insolito tempore, ac modo erat suscepta,

(1) *Leg.* 13. *de custod. et exhib. reor.*

„ inopinata absentia sub nullo praetextu excusari pote-
„ rat (1).

Quid vero si reus crimen sponte fateatur? Duplicem Interpretes distinguunt confessionem, unam, quae coram competente Iudice, alteram, quae extra judicium sit, vel coram Iudice incompetente. Priorem plenam efficere probationem miro consensu Pragmatici docent, adeout judicialis confessio probationum regina vulgo appellari soleat, imo *probata probatio*, quae omnes praesumptiones, quae confitentem excusare possent infringit, ac superat, et ea omnia supplet, in quibus processus fortasse deficit (2). Ego vero non arbitror solam confitentis vocem tanti faciendam esse, ut pro vera probatione omnino haberi debeat. Illud siquidem omnibus in judiciis generatim observatur, ut qui aliquid dicit, et intendit quantacumque dignitate, ac fide praeditus sit, nunquam tamen is habeatur, cui aliquid dicenti fides praestetur, nisi probet. *Semper enim*, inquit Marcianus, *necessitas probandi incumbit illi, qui agit* (3). Confessio autem non ad eum, qui agit, sed ad reum, qui in judicio postulatur spectat, et reus, dum confessionem profert, affirmat id, quod, ab eo factum esse actor contendit, scilicet de intentione agentis confitetur, quemadmodum id eleganter significavit Marcellus (4). Praeterea omnis probatio, uti observat Donellus, est adversus invitum, cum probemus rem, quam dicimus, sive alter probet, sive improbet, sive velit, sive non, quod sit argumentis, testibus, et tabulis; at confessio non est nisi adversus volentes (5). Recte itaque cum Duareno ait Antonius Matthaeus confessionem veram probationem non esse, sed potius remissionem, seu; ut inquit, relevationem ab onore probandi, cum reus, qui confitetur ex. gr. se aliquid

(1) Vid. Bohem. *loc. cit.*
(2) Vid. Pichler. *in coment. ad jus canon. tit. de confes.*
(3) *Leg.* 21. *de prob.*
(4) *Leg.* 9. *de except.*
(5) Donel. *in comm. ad leg. ult. ff. de confes.*

debere, non id confitetur testificandi, aut aliquid probandi caussa, sed aut bonae fidei agnoscendae, aut vitandae judicii molestiae gratia, et ejus poenae, quae constituta est adversus temere litigantes (1).

Hinc non inficior confessionem in judicis civilibus, etsi revera probatio non sit, vim tamen probationis habere: hoc enim disertis verbis indicavit Paullus Ictus: *Confessus in jure pro judicato* (2) *habetur;* nempe confessio rei judicatae ita aequiparatur, ut nulla adversus confitentem sententia ferenda sit, qui non actione judicati, sed confessoria pulsabatur, sicuti docuit Ulpianus: *Si Procurator*, inquit, *aut Tutor*, *aut Curator*, *aut quivis alius confiteatur absentem vulnerasse*, *in eos utilis actio danda est: Notandum*, *quod in hac actione*, *quae adversus confitentem datur*, *Iudex non rei judicandae*, *sed aestimandae detur: nam nullae sunt partes judicantis in confitentes* (3). Porro laudata Paulli verba ad civilia judicia pertinentia non esse temere porrigenda ad judicia criminalia demonstrari potest. Et sane inscriptio Legis sumpta est ex Paulli libris ad Edictum, in quo de rebus quidem pecuniariis, uti vidimus, at non de criminalibus sermo erat. Preterea haec confessio, ut supra adnotatum est, ita rei judicatae comparatur, ut nulla deinceps sententia opus sit, quod de publicis judiciis nemo auserit affirmare. Denique adest simile rescriptum Divi Marci ad civile negotium spectans, cujus haec sunt verba: *Confessos in jure pro judicatis habere placet: Quam sine caussa desideras recedi a confessione tua*, *cum et solvere cogeris* (4). Quae quidem omnia ipsi etiam juri duodecim tabularum apprime consonant; nam Lex, quae de confessis loquitur, *de aere*, i. e. de pecunia tantum cavit. Igitur in rebus pri-

(1) Ant. Mat. *ad lib. cit. tit.* 15. *cap.* 7.
(2) *Leg.* 1. *de confes.*
(3) *Leg.* 25. *ad leg. Aquil.*
(4) *Leg.* 2. *Cod. de confes.*

vatis, et caussis pecuniariis hoc proditum jus est: at in re criminali diverso jure utendum, scilicet *Reorum confessione*, uti rescripsit Severus *Imperator*, *pro exploratis facinoribus haberi non oportet*, *si nulla probatio religionem cognoscentium instruat* (1).

Neque, uti animadvertit Donellus, difficile est hujus discriminis rationem explicare. Gravius enim occurrit periculum in judiciis criminalibus, ac proinde gravior etiam cura, et diligentia est adhibenda, ut illud vitemus; namque in iis raro quidem de pecunia, frequentius de honore, de libertate, de vita civium agitur. Immo, si paullo attentius res perpendatur, facile constabit non tam aequitate inniti hoc jus, quam necessaria quadam ratione sumpta ex persona confitentis, et ex juribus, obligationibusque, quas ille a natura habuit, adeout, quamvis id humanitas non suaderet, ita nihilominus constituendum esset. Quid enim agitur in caussa civili, et pecuniaria? ut reus pecuniam praestet, rem videlicet juris sui, et propriam, qua et uti, et abuti potest. Quid autem in criminibus? Ut quis corpore crucietur, ut bonum nomen, ut libertatem, ut vitam etiam amittat. Haec vero non sunt in jure, et potestate rei; *cum nemo dominus sit membrorum suorum*, ut vere a Veteribus est usurpatum. Aliud oportet esse id, quod habet, et aliud, quod habetur. Sic fit ut de pecunia, et de re sua quivis damnatione sua constituere pro lubitu possit, de poena corporis, vel de fama, vel de alia qualibet hujus generis animadversione non possit, nec de ea statuens omnino sit audiendus, ne si velit quidem (2).

Ex quibus omnibus haec fluunt, quae sedulo adnotanda sunt. Reus jure semper postulat ut probatione intentionem suam actor confirmet, cui juri respondet in actore probandi obligatio. Reus confitendo renuntiat huic juri, et remittit actori onus probandi: sed eatenus huic juri

(1) *Leg.* 1. § 17. *ff. de quaest.*
(2) Vid. Donel. *loc. cit.*

reus potest renuntiare, quatenus agatur in judicio de rebus, quae in ipsius arbitrio sunt, quas cum et donare, et perdere possit idem prorsus agit confitendo. Siquidem confiteri, uti laudatus Donellus observat, est caussa cadere, eamque tradere adversario, i. e. donare. Et quemadmodum per transactiones, per arbitria, per jusjurandum finiri lis potest, et sisti cursus judiciarii ordinis; ita licet idem praestare per propriam confessionem. Cum vero agitur de criminibus, quae publica animadversione coerceri debent, nulla transactio, nullum jusjurandum, nullum arbitrium in iis locum habet, proindeqne nulla etiam confessio, quae scilicet probationis onus tollat, qnod necessarie adeo jura exegerunt, ut nunquam ex privatorum voluntate remittatur (1).

At plura sunt, quae huic sententiae objici solent a Viris doctissimis. Cautum enim videtur Imperatorum constitutionibus, quae passim in Codice extant, ut ad sententiam in reum dicendam sufficiat ipsum vel convictum fuisse Testimoniis, aut indiciis, vel propria voce scelus esse confessum. Plures igitnr videntur recensere

(1) Vid. Donel. *ad tit. digest. de confes.* Hisce animadversis patet, quid sentiendum sit de eo quod alibi proposuimus: an scilicet per solam rei confessionem indicia probata censeri debeant? Siquidem si reus ea confiteatur, quae nihil relevant, et secure veritati convenienter allegari possunt, uti loquitur Bohemerus, hac in specie (generatim loquendo) satis ea probata censerem. Si vero confessio circa ea versetur, qnae nexum aliquem inter crimen, et personam ostendunt, per solam confessionem nequaquam probata dicerem. Eadem enim justitiae ratio, qnae de confitente ipsum crimen tradita est, valet quoque de eo, qui non quidem ipsum crimen, sed ea confitetur, quibus probatio criminis sit quodammodo manifesta. Quod si confessio simplex non fuerit, sed addita etiam sit a confitente caussa ejus indicii, quod confessus est, qua contendat nihil ex illo posse de quaestione concludi, tunc dixerim indicium ex hac confessione probari: Namque cum allatam indicii caussam ille ipse, qui confessus est, probare teneatur, non tam per confessionem, quam per argumenta, quae ad illam caussam probandam adduxerit, de ipsa indicii existentia constabit.

Imperatores probationum modos, inter quos et ipsa confessio adnumeratur (1). Venulejus Saturninus ait reum confessum, donec de eo pronuntietur, in vincula publica esse conjiciendum (2). Pariter Asconius Paedianus inquit: *Reum fieri est apud Praetorem legibus interrogari: cum in jus ventum esset dicebat Accusator apud Praetorem: Aio te Siculos spoliasse. Si tacuisset, lis ei aestimabatur ut victo, si negasset petebatur a Magistratu dies inquirendorum ejus criminum, et instituebatur accusatio.* Silentium memorat Asconius, quod confessioni quandoque aequiparatur. Rescriptum porro Divi Severi cum Antonio Mattheo interpretatur Vissembachius vel de confessione per vim extorta, vel de extrajudiciali, vel de ea, quae corpore delicti destituta sit (3). Ex quibus omnibus deduci posse ipsis videtur confessionem judicialem, etsi proprie, et vere probatio non sit, vim tamen probationis habere.

Haec tamen non ea sunt, quae nos a proposita sententia removere debeant. Quod nemo inficiabitur, qui animadvertat eam fuisse apud Romanos criminalium judiciorum formam, ut accusatores neutiquam admitterentur nisi parati essent ad probandum, quod in publicam notionem deferebant. Id siquidem luculenter probat vetus illa in crimen inscribendi necessitas, qua accusator profitebatur se aliquem reum deferre, eumque uti reum a se peractum iri, adetout se ad talionis poenam obstringeret si calumniae convictus esset. Hinc ad Florianum Praefectum Urbi rescripsit Valens Imperator: *Nullus secundum juris praescriptum crimen, quod intendere proposuerit, exequatur, nisi subeat inscriptionis vinculum, etenim qui alterius famam; fortunas, caput, denique, et sanguinem in judicium devocaverit sciat sibi impendere*

(1) Leges quae praesertim heic afferuntur sunt. *L.* 16. *Cod. de poen. l.* 8. *Cod. ad leg Iul de adult. l.* 10. *Cod. de Episcop.*

(2) *L.* 5. *ff. de cust. et exhib. reor.*

(3) Vid. Ant. Mat. *cit: Tit.* 16. *cap.* 1. Vissemb. *ad Pandec. disput.* 21. §. 17.

congruam poenam, si quod intenderit non probaverit (1). *Aliud* namque *est*, inquit Cicero, *maledicere, aliud accusare; accusatio crimen desiderat, rem, ut definiat, hominem, ut notet, argumento probet, teste confirmet: maledictio autem nihil habet propositi praeter contumeliam* (2). Quapropter non videntur novum jus introducere, sed vetus potius confirmare dum Gratianus, Valentinianus, et Theodosius Augusti inquiunt: *Sciant cuncti, premeditentur,*

(1) *Leg.* 11. *Cod. Theod. de accusat. et inscrip.*

(2) *In orat. pro Coelio.* Praeclare idem Cicero de accusatoribus loquitur *in orat. pro Sext. Rosc. Accusatores multos*, inquit, *esse in civitate utile, est ut metu contineatur audacia; veruntamen hoc ita est utile, ut ne plane illudamur ab accusatoribus. Innocens est quispiam: veruntamen quamquam abest a culpa, suspicione tamen non caret: tametsi miserum est, tamen ei, qui hunc accuset possim aliquomodo ignoscere. Cum enim aliquid habeat, quod possit criminose, ac suspiciose dicere, aperte ludificari, et calumniari sciens non videtur Quare facile omnes patimur esse quamplurimos accusatores, quod innocens, si accusatus sit, absolvi potest nocens: nisi accusatus fuerit condemnari non potest. Utilius est autem absolvi innocentem, quam nocentem caussam non dicere. Anseribus cibaria publice locantur, et canes aluntur in capitolio, ut significent si fures venerint. At fures internoscere non possunt: Significant tamen, si qui noctu in capitolium venerit: et quia id est suspiciosum, tametsi bestiae sunt, tamen in eam partem potius peccant, quae est cautior. Quod si luce quoque canes latrent, cum Deos salutatum aliqui venerint: opinor, iis crura suffringentur, quod acres sint etiam tum, cum nulla suspicio sit. Simillima est accusatorum ratio. Alii vestrum anseres sunt, qui tantumodo clamant, nocere non possunt: alii canes, qui et latrare, et mordere possunt. Cibaria vobis praebere videmus; vos autem maxime debetis in eos impetum facere, qui merentur. Hoc paulo gratissimum est. Deinde, si voletis, etiam tum, cum verosimiliter erit aliquem commisisse, in suspicione latratote. Id quoque concedi potest. Sin autem sic agetis, ut arguatis aliquem Patrem occidisse, neque dicere possitis aut quare, quomodo, ac tantummodo sine suspicione latrabitis, crura quidem vobis nemo suffringet; sed si ego hos bene novi, litteram illam, cui vos usque eo inimici estis: ut etiam eas omnes oderitis, ita vehementer ad caput affigent, ut postea neminem alium, nisi fortunas vestras accusare possitis.*

ante praecaveant eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus, instructa documentis, signis ad probationem luce clarioribus expedita (1).

Ex hac autem probandi obligatione, qua necessario tenebatur accusator facile eruitur, qui sit verus sensus imperialium constitutionum.

Nimirum non de simplici reorum confessione, quae ad sententiam dicendam sufficiat, eae intelligendae sunt, sed de confessione, quam praecedant argumenta ab accusatore prolata, a quibus proferendis nunquam, uti vidimus, eximi poterat. Quod sane praeclare confirmatur auctoritate Catonis gravissimi Viri, qui ad Senatum verba faciens de conjuratis, qui scelera confessi erant postquam indicio Titi Vulturtii, et Legatorum Allobrogum jam fuerant convicti: *de confessis*, ait, *siculi de manifestis rerum capitalium more majorum supplicium sumendum* (2). Confirmatur praeterea, ex poena, quam Leges imposuere iis, qui de criminibus publici transigebant: siquidem, si reus ante inchoatum judicium transationem cum accusatore fecisset, nulla erat transactio, quod si jam coepto judicio transegisset, et nulla erat transactio, et insuper habebatur generaliter pro victo, et confesso: recte equidem, cum tunc jam argumentis urgeretur, et facta praesumeretur transactio non quidem ad incertum judicii exitum, sed potius ad debitam poenam fugiendam. Cum igitur transactio post factas legitimas probationes confessioni aequipararetur, quae vim quodammodo probationis habeat, apertum est, et ipsam veram confessionem vim probationis non habere nisi cum allatis argumentis concurrat. Et quamvis id inficietur Antonius Mattheus aiens reum transigentem tam ante, quam post inchoatum judicium haberi pro convicto, et confesso (3), eum tamen erroris arguit rescriptum

(1) *Leg.* 3: *Cod. Theod. de abolit.*, quam paulisper immutatam retulit Tribonianus *in Cod. Iustinian. leg. ult. Tit. de prob.*

(2) Salusti. *de conjurat. Catilin.*

(3) Ant. Mat. *loc. cit. Cap.* 7.

Constantini ad Ianuarium Praefectum Urbi, quod paullo immutatum retulit Tribonianus in Codicem Iustinianeum — *Si post strepitum accusationis exortae*, inquit, *abolitio postuletur, caussa novae miserationis debet inquiri, ut si citra depectionem id fiat, postulata humanitas praebeatur: sin aliquid suspicionis extiterit, quod manifestus reus depectione celebrata legibus subtrahatur, redemptae miserationis vox minime audiatur, sed adversus nocentem reum, inquisitione facta, poena competens exeratur* (1). Ad quam legem haec habet Iacobus Gothofredus: *at non item abolitio datur, si cum reus manifestis probationibus urgeretur, is accusatorem pecuniis corrupit, atque ita depectione habita accusator abolitionem petat.* (2).

Quod spectat ad Venulejum Saturninum, qui ait reum confessum, donec de eo pronuntietur, in vincula publica esse conjiciendum, Ictus, nisi me animus fallit, magis nostram sententiam confirmat. Namque, si vim legitimae probationis haberet simplex confessio, illico ad sententiam dicendam diveniendum esset: mos siquidem veterum hic fuerat, referente Asconio, ut, si absolvendus quis esset, statim absolveretur, si damnandus, statim damnaretur, si caussa non esset idonea ad damnationem, absolvi tamen non posset, *amplius* pronuntiaretur. Cur ergo de confessis differenda sententia erat? Ut nempe alia conquirerentur argumenta, quae ipsam confessionem ita confirmarent, ut haec loco verae probationis haberi posset, et quia propria confessione se jam reus oneraverat, conjiciebatur in vincula publica juxta veteram Romanorum consuetudinem. Ipsis enim duplex erat reorum custodia: carcer, et privata domus. Ante confessionem in liberas custodias accusatos tradere consueverunt, post confessionem in vincula publica conjiciebantur, uti ipse testatus est Venulejus Saturninus, et de

(1) *Leg.* 1. *Cod. Theod. de abolit. leg.* 2. *Cod. Iustinian. eod. Tit.*
(2) Gothofre. *ad cit. leg. Cod. Theod.*

conjuratis scripsit Sallustius (1). Hinc Dyonisius Gothofredus colligit reum post suam confessionem vinciri posse: *et merito*, inquit, *id additum est: siquidem confessio viam aperit Iudici ad majorem inquisitionem* (2)

Nihil quoque allatum Asconii testimonium urgere potest. Loquitur Asconius de crimine repetundarum, cujus Verres a Cicerone arguebatur. Porro duae res, teste ipso Asconio, damnationem sequebantur, altera redditio pecuniae iis, ad quos pertinebat, in qua vel simpli, vel dupli, vel quadrupli ratio habebatur, altera exilii. Litis aestimatio in ea pecuniae redditione consistebat. Hanc autem inter civilia negotia esse accensendam ex eo patet, quod vera criminis poena ab exilio repeterunt. De hac litis aestimatione facienda, si reus, tacuisse loquitur Asconius, exilii, quod veram criminis coercitionem efficiebat, nullam facit mentionem. Igitur, sicuti in pecuniariis judiciis confessio, vel silentium, quod confessioni aequiparetur, rem judicatam faciebat; ita etiam in criminalibus, in quibus non de vera poena infligenda, sed de sola litis aestimatione, de caussa scilicet pecuniaria agebatur.

Quod attinet ad interpretationem, quam rescripto Divi Severi dedisse vidimus cum Antonio Matthaeo Vissembachium, animadvertit Heineccius merito potiorem nobis esse Ulpiani auctoritatem, qui speciem relaturus ubi Primitivus Servus homicidium in se metu ad Dominum revertendi confixerat, inquit: *Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnunquam enim aut metu, aut qua alia de caussa in se confitetur* (3). Sed haec Heineccii responsio non omnino arridet, cum relata Ulpiani verba eam utique confessionem significare

(1) Vid. Rosin. *antiquit* Roman. *lib.* 9. *Cap.* 17. Sigon. *de public. judic.*

(2) Dionis. Gotofr. *in notis ad leg.* 5. *ff. de cust. et exhib. eor.*

(3) Vid. Heinec. *in dissert. de relig. judicant. circa reor. confes.*

videantnr, quae sponte, et in jure fiat, uti etiam ex toto legis contextu apparet, non eam vero, quae cum corpore delicti sit conjuncta, quemadmodum reapse demonstrat Primitivi Servi species, de qua loquebatur Ictus, quaeque ad fictum homicidium pertinet: alia igitur ratione Vissembachii sententia refelli, et illud ostendi debet, rescriptum nempe Divi Severi ad confessiones quoque cum corpore delicti conjunctas referendum esse. Quod nemo inficias ibit, qui animadvertat criminis certitudinem necessario non cohaerere cum certitudine auctoris, cum unius cognitio alterius cognitionem statim non eliciat. Namque confessio, uti bene observat Bohemerus, personam confitentem potissimum afficit, et parum est nosse delicti existentiam, de auctore autem non ita verosimiliter persuasum esse, quod posterius sola argumenta, quae reum onerant, supplent (1).

Quee cum ita sunt libentur dicerem ex spontanea rei confessione etsi in judicio prolata, et cum delicti corpore conjucta legitimam probationem non oriri, sed potius, uti Paullus Risi sapienter animadvertit, eandem pro pleniori probationum cumulo habendam esse, quo reus magis magisque urgeatur (2). Scilicet per hanc ea probabilitas, quae vel ex indiciis, vel ex testium auctoritate, vel ex instrumentis deducitur, novam quodammodo vim consequitur; sicuti vicissim et ipsa ab hisce omnibus su-

(1) *Bohem. ad Carpz. Par· III, Quaest· 114. observ,* 1.

(2) Paullus Risi in suis animadversionibus ad jus criminale spectantibus secutus Domat in hac est opinione, ut reorum confessiones in capitalibus criminibus tantum veram non faciant probationem. At quod viri doctissimi in hisce affirmare non dubitarunt, illud paullo generalius accipiendum esse fatebitur qui vel leviter animadvertit in ferenda sententia ratione in primis habendam esse ejus, quod rei veritas, et injustia exigit, non autem videndum an id, de quo agitur majoris, minorisve sit momenti: quamvis non invitus concedam, quod inquit Ulpianus magis consulendum esse iis quibus gravius periculum intenditur *L·* 1. *ff. de Carbon. Edic.*

stinetur, et confirmatur. Quocirca recte Cicero Verrem reum declaravit, *qui scelerum suorum nullam sibi neque inficiandi rationem, neque defendendi reliquisset, sed omnibus in rebus coargueretur ab accusatore, convinceretur a testibus, urgeretur confessione sua, ut manifestis indiciis teneretur* (1). Quapropter nemo non videt plurimum interesse, ut reus postquam argumentis convictus sit, sponte etiam crimen fateatur. Velim tamen, ut Iudex ipsum interrogaturus summa utatur prudentia, et omnia justitiae, aequitatisque monita sequatur. Quaerenti enim de crimine cavendum est a captiosis interrogationibus, quae animum accusati fallere possunt, nec ulla impunitatis spe, aut tormentorum metu ad confitendum alius urgere debet, cum haec quandam vim animo inferant, quae incertas, et vacillantes reorum confessiones efficit. Simplices esse debent interrogationes, nulloque verborum apparatu instructae, quas curandum est, ut sequatur responsio non quidem obscura, vaga, et indefinita, sed clara, distincta, et conveniens iis circumstantiis, atque adjunctis, quae crimini inhaerere videntur: Quod inter Pragmaticos sapienter docuit Ambrosinus: *licet millies, ait, essent ratificatae confessiones, semper tamen verificandae sunt cum omnibus suis circumstantiis* (2).

Atque haec de judiciali confessione animadvertisse sufficiat. Sequitur confessio extrajudicialis: ex qua indicium proximum, et violentum oriri communis est Pragmaticorum sententia, et, si Leyserio fides habenda est, confessio extrajudiciali saepe repetita delicta plene probat, non quidem omnia, sed quae leviora sunt, quorum nempe poena aut ad ultimum supplicium, aut ad virgarum ictum extendi nequit. Sed haec Pragmaticorum doctrina ipsi indiciorum notione directe adversatur. Sicuti enim nullum indicium, uti vidimus, est quod necessario ex constanti

(1) Cic. *in verrin.* 4.
(2) Ambrosin. *lib* 4. *cap*, 5. *n.* 10.

caussa oriatur, ita nullum indicium vel proximum, vel remotum omnino dici potest, nisi prius expensae omnes caussae sint, ex quibus oriri potuit, et sedulo animadversum, cui ex iisdem caussis verisimilius indicium acceptum referri debeat. Itaque in aestimanda quoque extrajudicialis confessionis vi habenda ratio est omnium caussarum, quae ipsam confessionem eruere potuerint. Plura namque sunt, quae probare videntur patrati criminis indicium confessionem esse, plura quae demonstrat eandem esse animi levitatis, et inanis jactantiae argumentum. Primo enim evenire facile potest, ut quis conscientiae stimulis agitatus cogatur quodammodo ad ea patefacienda, quae perpetravit, vel etiam, ut admissum scelus aliis notum faciat eum in finem, ut ab iisdem adjuvetur, ut possit se criminali judicio subtrahere. Praeterea et illud quandoque fieri constat, ut plura nonnulli in familiari colloquio, plura ex stolida quadam jactantia vanam impudentiae gloriam adfectantes de se non tam fateatur, quam fingant, similes prope illi Thrasoni, quem Servus apud Plautum ait centum in Cilicia; quinquaginta centum Sycolatronidas, triginta Sardos, sexaginta Macedonas occidisse uno die (1).

Ut igitur statutis regulis perpetuo insistam, plura animadverti ab Iudice debent; ac primo verba, quibus confessio facta est, expendenda sunt. Etenim haec Iudex expendens facile intelliget, utrum jactantiae proxima, aut criminis conscientiae affinis confessio videatur. Secundo tempus, locus, ubi quis crimen confessus est, ii, coram quibus facta fuit confessio considerentur oportet, quoniam hoc pacto deprehendi poterit parum fidei eam confessionem mereri, quae inter convivia, vel inter homines de impudentia certantes emissa fuit, magis cum in abdito apud eos fuit facta, a quibus consilium, et opem quis sperat, quo imminenti inquisitioni se facile subtrahat: Quod majorem etiam probabilitatem acquiret, si instituta de con-

(1) Plaut. *in milit. glorios.*

sesso inquisitio, et de eo legitima suspicio exorta jam fuerit. Tertio ipsa criminis natura perpendenda est, cum majorem, minoremve verisimilitudinem confessio pariat, prout magis, minusve probabilitatis adest illud ad exitum perduci potuisse. Scilicet magni facienda est confessio, si de crimine admisso aliunde constet, parvi, si adhuc incertam corpus delicti sit, namque, ut rite docet Voetius, *confessio extrajudicialis generalior de homicidio, aliove crimine admisso parvi facienda est, nisi aliqua adsit specifica qualitatis delicti designatio* (1).

Sed et fictam confessionem habent Pragmatici, ad quam referunt potissimnm suspecti delinquentis silentium, vel in respondendo varietatem. Ego sane non omnino dixerim silentium, vel varietatem in respondendo pro confessione habendam esse. Nam ad tacentem quod spectat, is neque fatetur proprie, neque inficiatur, adeoque nihil obstat, quominus pro diversis circumstantiis reus vel tanquam confessus, vel tanquam inficians, vel tanquam unus habeatur, cui timore praepedito vox faucibus haeserit, itaut non potuerit cogitata proloqui. Ipse Paullus Ictus ait *eum, qui tacet non utique fateri, sed tamen verum esse eum non negare* (2). Quae verba expendens Heineccius dixit Ictum tacentis medium quemdam statnm constituere inter fatentem, et inficientem (3). Si rerum magistram experientiam consulimus, nos profecto docet eos silere, et in respondendo variare, qui peccaverunt, quique ideo ante oculos meritam poenam semper versari putant, conscentiam scelerum eripere audaciam, lingua reprimere, obturatos angere, silentium imponere, ut inquit Demosthenes (4). Sed eadem experientia nos monet id quandoque non evenire, et silentium, atque in respondendo

(1) Vid. Voet. *ad Pandec. Tit, de Quaest.* vid. regul. primam et tertiam.

(2) *Leg. 142. de reg. jur.*

(3) Heinec· *laud. dissert:*

(4) *In orat. de fal. legat.*

varietatem ab aliis innoxiis caussis potius, quam a criminis conscientia interdum oriri. Neque enim quemquam latere arbitror quam possit in hominum animos tristissimus ille criminalis inquisitionis apparatus, carceris, vinculorum, tormentorumque metus, ipsa etiam Iudicis praesentia, quam et innocentes concutere recte dixit Antonius Mattheus, nimis quoque interdum terrificae, et contortae ipsius interrogationes, quae rectam respondendi rationem omnino prohibere videntur, incertus judiciorum exitus, qui plurium innocentium victimas mactavit, et similia, quae ab indiciis criminalibus vix sejungi possunt, quaeqe, pacatum cujusque animum turbare, et agitare valent.

Quapropter ut scimus Iudex deprehendere queat, atqne distinguere reum timore perculsum silentem, et prae nimia sensuum alienatione varia loquentem a reo, qui artificiose, callide, et contumaciter respondere detrectat, vel data opera ambigue loquitur, inquiri optimum erit, utrum persona delata ea sit, quam novitas judiciornm minime terrere potest, si forte jam alias de aliis esset inquisita criminibus, et carceris squallori, caeterisque criminalis judicii incommodis assueta, vel nunquam criminalem inquisitionem fuerit passa. Etenim in priori specie facilius crederem silentium, et in respondendo varietatem criminis conscientiam arguere, difficilius in posteriori. Expendi etiam oportebit utrum reus praesens et tacens simpliciter et absolute taceat absque alio externo signo, quod confessionem aut negationem inducat, vel aliquod in contrarium proponatur, veluti si ex duobns propositis alterum neget, vel fateatur. In prima enim specie, uti animadvertit Gonzalez, videtur medium dari inter confessionem et negationem, itaut tacens neque fateri neque negare videatur ex dicta Paulli regula; in secunda vero adversative consentire videtur, cum qui unum ex duobus sibi illatis fatetur vel negat, alterum fateri vel negare censeatur Rationem discriminis tradit laudatus auctor, quod in prima specie, cum

aliquis simpliciter et absolute tacet, nihil affirmat verum vel falsum, et ideo neque diffitetur; contra vero in secunda specie si ex duobus illatis alterum fatetur vel negat, ex eo quod unum negavit, alterum fateri, vel si unum fateatur, alterum tacendo negare videtur. Hoc siquidem conjectura adsequimur, quia interrogatus de duobus responsum ad unum contraxit, in alio oppositum significavit approbando vel negando (1). Animadvertendum denique erit in quibus variaverit reus: an scilicet varietas in iis sit, quae nihil ad criminis naturam detegendam, ejusque probandam existentiam, et auctorem conferunt, quaeque Pragmatici *judicii accidentalia* dixerunt, vel in iis, quae *judicii essentialia* nuncuparunt, quibus nimirum quaestio ipsa afficitur, et argumenta ad probationem praebere possunt; siquidem ipsi docent minus esse in accidentalibus variare, magis in essentialibus. Quae regula Friderico Bohemero non probatur; observat enim magis esse in iis, quae parum vel nihil ad quaestionem probandam tendunt variare, quam inconstanter eas referre circumstantias, quae delicti qualitatem designant, et sic gravioris momenti sunt cum in his *aliquid excusationis*, inquit laudatus auctor, *peti possit ex objecto, superquo quis quaesitus est, in illis ne colorem quidem habere sermonis inconstantiam, sed vitium manere inconcussum* (2).

Haec porro, quae de silentio, et varietate animadversa sunt, trepidationi, pallori, et mendacio aptari facile posse non opus est pluribus explicare. Quare observare sufficiat silentium, trepidationem, et pallorem fortiora criminis conscientiae argumenta esse, cum haec Iudex in reo perspicit, qui aliis indiciis jam fuerit convictus. Quod mirifice de conjuratis testatur Cicero, in-

(1) Vid. Gonzal. *ad cap.* 5. *de praesumpt.*

(2) Bohem. *observ.* 8 *ad Carpz. Par.* 3. *Quaest.* 120. Vid. regul. prim.

quiens: *Ac mihi quidem, Quirites, cum illa certissima visa sunt argumenta, atque indicia sceleris tabellae, signa, manus, denique uniuscujusque confessio, tum multo illa certiora color, oculi, vultus, taciturnitas. Sic enim obstupuerant, sic terram intuebantur, sic furtim nonnunquam inter se aspiciebant, ut non ab aliis indicari, sed indicare se ipsi viderentur* (1). Mendacium vero, si rite animadvertas, non solum indicium est suapte natura, sed etiam aliis indiciis, quae forte mentitus reus fuerit, majorem probabilitatis vim adjicit. Praeclare Quintilianus: *Caedes a te cummissa est: cruentam enim vestem habuisti; non est tam grave argumentum si fatetur, quam si convincitur. Nam si fatetur multis ex caussis potuit cruenta esse vestis: si negabit, hic caussae cardinem ponit, in quo si victus fuerit, etiam in sequentibus ruit; non enim videtur in negando mentiturus fuisse, nisi desperasset id posse defendi, si confiteretur* (2).

Antequam huic capiti finem imponam non abs re videtur pauca subjicere tum de nominatione laedentis a laeso facta, tum de rei confessione, qui aliquem delicti participem insimulaverit. Quod spectat ad nominationem a laeso factam, nullam eadem efficere potest probationem, cum simplex assertio sit, quae vix, ac ne vix quidem a qualibet accusatoris delatione distinguitur, quae nunquam admittitur nisi verosimilibus argumentis confirmetur. Habemus enim in hac specie testem, et quidem in propria caussa testimonium praebentem; unde satis prudenter monuit Ulpianus; *Si quis*, ait, *moriens dixisset sibi a servo vim mortis esse illatam non esse credendum Domino, nisi hoc postea ab herede probari poterit* (3). Nec refert in vitae extremis laesum

(1) Cic. *in Verrin.* 4.
(2) Quint. *lib.* 5. *cap.* 12. Vid. reg. quart.
(3) *l.* 3. §. 1. *de Icto Silanian.*

constitutum fuisse, adeout non praesumatur mentiri is, qui imminentis futurae vitae cogitatione non leviter commovetur. Etenim praeter quamquod in nonnullis improbitas nonnisi cum vita cessat, et facile etiam morituri falli possunt, haec praesumptio, quae generalis est, morituro favere non potest, cum ipse aliquid in alterius damnum intendit, quod ex supra dictis de bonitatis praesumptione facillime consequitur.

Idem de nominatione Socii a reo facta dicendum est. Quanquam inter juris interpretes adhuc disputatur utrum reus de Sociis interrogari possit. Cui controversiae caussam dedisse leges nonnullas, quae speciatim contrariae videbantur, existimat Antonius Matthaeus, qui etiam Cujacium secutus distinguit inter reum de se ultro confessum, et eum qui convictus est, non vero confessus (1). Hunc autem, non illum in socios interrogari posse autumat, ne confessus qui de sua salute desperavit, alienam, ut inquit Paullus, in dubium deducat (2). Sed haec distinctio fortasse locum habere potest, si ad Digestorum jus ratio habeatur. Quod mihi colligere videor tum ex eodem Paullo, tum ex Modestino. Ille enim ait; *In criminibus eruendis quaestio quidem adhibetur, sed non statim a tormentis incipiendum est: ideoque prius argumentis quaerendum est, et si suspicione aliqua reus urgetur, adhibitis tormentis de sociis, et sceleribus suis confiteri compellitur* (3). Hic vero inquit, *eum, qui de se confessus est, in caput aliorum non torquendum, ut Divus Pius rescripsit* (4). Sed lata ab Imperatoribus Honorio, et Theodosio constitutione omnis distinctio sublata videtur, et generatim prohibitum,

(1) Vid. Ant. Mat. *ad lib. cit. Tit.* 16. *cap.* 3. *et leges ibi relatas*.

(2) Paul. *recept. sentent. lib.* 5. Tit. 4.

(3) Iulii Pauli *Rec. Sent. lib. V. Tit. XIV. de Quaestionibus.*

(4) *Leg.* 16. *de quaestion.*

ne de proprio crimine confitens super conscientia scrutetur aliena. Quamvis enim in ea constitutione illi solum memorentur, qui de se confessi sunt, ratio tamen, quam Imperatores adjiciunt, ejusmodi est, ut et convictis aptari facile possit. *Nemo*, inquiunt, *sibi objectu cujuslibet criminis blandiatur de se in quaestione confessus veniam propter flagitia sperans adjuncti vel communione criminis consortium Personae superioris optans, aut inimici supplicio in ipsa supremorum suorum sorte sociandus, aut eripi se posse confidens studio, aut privilegio nominati* (1). Scilicet, uti explicat Iacobus Gothofredus, plerique desperati alios ad societatem criminis vocant, vel ut potentiore nominato de se sententiam evitent atque destinato judicio eripiantur, et pubblicae vindictae subtrahantur, vel ut inimicos suos ad supplicium vocent (2). Illud vero haud facile Gothofredo concesserim ex hac ipsa lege deduci reum non interrogatum alios profiteri non posse. Non enim hoc Imperatores declaravere, sed illud solum *ut nemo crederet sponte fingenti;* quod equidem rescripto Divi Pii consonum est. *Sicuti*, inquit Divus Pius, *convictis confessisque ad societatem scelerum vocantibus eos, a quibus apprehensi, custoditique sunt facile credi non oportet: ita si evidentibus rationibus post commissum communiter facinus ad evitandam de se sententiam id fecisse fuerint probati publicae vindictae non sunt subtrahendi*. (3) Nimirum reorum spontaneae professiones, ut vel ipse Gothofredus scripsit, etsi probationem non facerent, ad ulteriorem tamen inquisitionem faciebant, seu ad majorem inquisitionem (4).

Atque haec de vi indiciorum, et de ratione, qua

(1) *Leg.* 17. *Cod. de accusat. et inscript.*
(2) Gothofr. *ad cod. Theod. leg. ult. dict. tit.*
(3) *Leg.* 4. *Cod. de Quaest.*
(4) Gothofr. *loc. citat.*

eadem aestimari debent ita explananda erant. Supersunt innumera alia, quae exponi possent, quaeque libenter praetermitto tum ne in longum nimis protrahatur oratio, tum quia plura quaesituris viam aliquomodo aperuisse satis videre potest (1).

(1) Vid. Renazzium in eo de judiciis eruditissimo libro, quem nuperrime publici juris fecit, qui memorat etiam deprehensionem in loco delicti, criminis occultationem, auxilium facinorosis praestitum, eaque ita expendit ut statutis quoque a nobis regulis apprime convenire videantur. Vid. *Cap.* 4. §. XI. *et* XII. Non est tamen absque animadversione praetermittendum quod apud Mediolanenses obtinet ut nempe ille qui alterius res contrectaverit in locis habitatis, ut inquiunt, per vim id fecisse praesumendus sit, si armis instructus alienas aedes fuerit ingressus. Sane ex uno indicio tam violentam illico nasci factae vis praesumptionem, ut loco probationis absolute haberi debeat non adeo tutum, et aequum est. Etenim etiam in hac specie praemissae a nobis regulae expendendae sunt antequam ex armorum gestatione proximum illatae vis indicium eruatur. Quisque autem facili negotio perspiciet quamplura in promptu esse posse argumenta, quibus ab alia prorsus caussa, quam a pravo inferendae vis animo armorum gestatio deducenda sit. Igitur cum hoc indicium, uti caetera, nec proximum, nec remotum censeri debeat, donec aliunde vera vis non fuerit probata, nullam video justitiae rationem, quae expositam fori consuetudinem apud Mediolanenses valeat tueri. Accedit eam ipsi inveteratae criminalium judiciorum praxi directe adversari, qua fit ut difficile admodum ex solis indiciis plena, quam dicunt, facti probatio desumatur. Quod si ex pluribus etiam indiciis plenam non desumi probationem constans est fori consuetudo, quid de uno indicio dicendum erit, cujus vis atque probabilitas adhuc anceps sit, et incerta? Fortasse laudati moris defensores provocabunt ad vetera Romanorum instituta, qui Furem nocturnum impune occidere sinebant, hac probabiliter ratione freti quod ex nocturno tempore praesumptio inducatur Furem non furandi solum, sed etiam occidendi animo venisse eodem pacto, quo armis instructus alienas aedes ingredi praesumitur non rerum tantum contrectandarum gratia, verum etiam vim ceteris inferendi. Sed immerito ad hanc duodecim Tabularum legem provocatur, cujus vera ratio et aequitas sapientissimis Interpretibus adhuc satis probata non est; plura enim ab ipsis et va-

ria efferuntur, quibus haec Decemviralis juris dispositio rite defendatur. Nos autem hisce omnibus Ulpiani doctrinam praeferimus, qui non dicit furem nocturnum impune occidere licere, sed potius si parci ei sine periculo non possit *leg.* 9. *ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* Hac porro admissa Ulpiani sententia corruit prorsus quidquid ex hac lege ad tuendam Mediolanensium consuetudinem de factae vis praesumptione deduci poterat. Quae cum ita sint inquiri diligenter debet in facta hypothesi utrum revera vis illata fuerit, vel utrum armis fuerit usus, vel uti tentaverit ille, apud quem arma reperta sunt: si id probabitur, vis quoque probata erit, si non, de vi nullo modo judicari poterit.

CAPUT SEXTUM

De recta indiciorum coacervatione

Probabilitas, quae ex indiciis de crimine ejusque auctore eruitur major aut minor est, uti in regula quarta animadvertimus, non solum habito respectu ad principia, quibus singula indicia nituntur, sed etiam ad illam connexionem, atque rationem, quam inter se habere videntur ipsa indicia dum plura forte concurrunt. Per hanc enim facili negotio a minima probabilitate ad summam veluti per gradus Iudex deveniet, ita ut ope indiciorum quandoque de criminibus, eorumque auctoribus satis constare possit. Requiritur tamen ut rectus ordo in coacervandis indiciis servetur, qui ordo ut aliquo pacto innotescat, et explanetur, animadvertendum est cum Quintiliano illud plerumque in omni cognitione, quae de aliorum factis suscipitur, quaeri solere, utrum nempe quis aliquid facere voluerit, potuerit, et fecerit (1). Igitur ea primum in medium proferre indicia optimum erit ex quibus deducatur faciendi voluntas. Haec porro adfuisse jure praesumi poterit cum indicia verisimilem ostendunt caussam, quam veluti finem in delinquendo sibi fortasse proposuerit suspectus sceleris auctor. Et sane nemo gratis malus est, ut eleganter inquit Grotius, cumque absurdum sit sine ulla omnino caussa aliquid agi, sequitur ut scelus, de cujus physica existentia amplius non dubitamus, vel ex furore, dementia, mentisque levitate ejus, quem auctorem suspicamur, vel ex alia et quidem imputabili caussa profectum censeamus, quae varia esse potest, prout diversa habebitur criminis natura, et personarum adjuncta. *Nihil*

(1) Quintil. *lib.* 7. *cap.* 2.

factum esse, inquit Cicero, *cuiquam probatur, nisi aliquid, quare factum omne sit ostendatur* (1). Hinc in oratione pro Sexto Roscio merito conquerebatur rationem ab Erutio accusatore redditam non esse, quam ob caussam Patrem Filius occiderit, dicebatque se non satis intelligere cur quod in minimis noxis, et in levioribus peccatis, quae magis crebra, et jam prope quotidiana sunt maxime et primum quaeritur, quae caussa nempe maleficii fuerit, id ab Erutio in parricidio neglectum fuerit (2).

Cognitis iis, quae voluntatem delinquendi arguunt ad ea deveniendum est, quibus ostendatur crimen a reo perfici potuisse. In his autem potissimum, auctore eodem Quintiliano, locus, tempus, et occasio inspici debet (3). In loco siquidem, ut inquit Cicero, opportunitas, in tempore longinquitas, in occasione commoditas ad faciendum idonea observatur (4). Quibus adjici possunt colloquia, apparatus, et similia, quae non levia argumenta praebere possunt, quibus in altero merito praesumatur aliquid faciendi potestas. Sic colloquia Legatorum Tarquinii Superbi cum Aquiliis, Vitelliis, et

(1) Cic. *lib.* 2. *de Invent.*

(2) Caussa juxta Ciceronem distinguitur in impulsivam, et ratiocinativam. Impulsiva oritur ex quadam animi affectione absque ulla cogitatione, uti ex irae impetu, vel amoris aestu; ratiocinativa perspicitur in diligenti et considerata faciendi excogitatione, quae tum dicitur interfuisse, cum aliquid faciendum, aut non faciendum certa de caussa vitasse, aut secutus esse animus videtur, uti si amicitiae quid caussa factum dicatur, si inimici ulciscendi, si metu, si gloriae si pecuniae, si denique alicujus retinendi, augendi, adipiscendive commodi, aut contra rejiciendi, imminuendi, evitandive incommodi caussa. Vid. Cic. *loc. cit.* Fortasse caussae impulsivae id cohaeret quod in jure criminali *dolus ex impetu* dicitur, ratiocinativae, quod *dolus ex proposito* appellatur.

(3) Quintil. *loc. cit.*

(4) Cic. *loc. cit.*

Bruti Liberis saepius facta futurae proditionis justam suspicionem excitarunt. Sic Cicero Clodium Miloni, non autem Milonem Clodio struxisse insidias ab apparatu utriusque verisimile reddidit, quod Milo veheretur in rheda penulatus, una sederet Uxor, et tum symphoniacos pueros uxoris, et ancillarum greges ille secum duceret: quorum nihil est non impeditissimum. Contra Clodius expeditus in equo nulla rheda, nullis impedimentis, nullis graecis comitibus, sine uxore una cum barbaris Servis, quibus Sylvas publicas depopulatus fuerat, Miloni obviam fecit (1).

Hisce omnibus aliisque etiam ita perspecti ea denique exploranda sunt quae ipsum factum, de quo quaeritur propius tangere videntur. Quo spectant potissimum tum quae ipso facto conjuncta ut plurimnm sunt veluti clamor, sonus, gemitus, tum quae idem sequuntur, ut pallor, trepidatio, fuga, et si qua alia sunt patrati maleficii signa. Hunc autem propositum coacervationis ordinem praestat iis confirmare atque illustrare, quae de hac re eleganter disserit Auctor Rhethoricorum „ Nolite igitur, Iudices, „ inquit, ea, quae dixi separatim spectare, sed omnia „ colligite, et conferte in unum. Si et commodum ad „ istum ex illius morte veniebat, et vita hominis est „ turpissima, animus avarissimus, fortuna familiaris re „ attenuatissima, et res ista bono nemini praeter istum „ fuit, neque alius quisquam neque commode, neque „ iste commodioribus aliis rationibus facere potuit, neque „ praeteritum quidquam est ab isto, quod opus fuerit ad „ maleficium, neque factum, quod opus non fuerit, et „ cum locus idoneus maxime quaesitus, tum occasio „ aggrediendi commoda, tempus adeundi opportunissimum „ spatium conficiendi longissimum sumptum est: ut prae- „ terea, ante quam occisus homo is est, iste visus est

(4) Cic. *in Orat. pro Mil.*

, in quo est occisio facta, solus, paullo post loco maleficii vox illius, qui occidebatur, au- ,, dita est: Deinde post occisionem istum multa nocte ,, domum rediisse constat, postera die titubanter, et in- ,, constanter de occisione illius locutum ,,. Quid firmandae regulae jam a nobis traditae accomodatius? Priori in loco exponitur caussa homicidii, postea generalia recensentur indicia, quae expositae caussae respondent, quaeque delinquendi voluntatem arguunt: Deinde ea narrantur, quae crimen patrandi potestatem demonstrant: tandem ea caocervantnr adjuncta, ex quibus ipsum factum constitui videtur.

CAPUT ULTIMUM

De varis quaestionibus, quae in foro ex caussa probationum nascuntur, atque de ea, inqua disputatur utrum indiciis tantum crimina probari possint.

Vetus est, auctore Antonio Matteo (1) Pragmaticorum sententia ex indiciis plenam criminum eorumque auctorum probationem erui nequaquam posse, sed eam solum, quam ipsi minus plenam dixerunt, cujus caussa poena ordinaria infligenda generatim non est. Dicitur autem a nostris juris Scriptoribus probatio plena, quae talem gestorum fidem facit, ut Judex ea innixus in hominem, quem respicit probatio ipsa, sententiam ferre tuto animo possit; minus plena, quae sola non permittit Judici, ut ita sententiam pronuntiet, sive quia in se spectata debilis admodum est, sive quia licet fingatur suapte natura satis firma per alia in contrarium adducta destruitur. Et cum probationum minus plenarum aliae efficacius, aliae debilius Judicem movere inque ejus mente vel leviorem vel graviorem suspicionem parere valeant: hinc fit ut hujus minus plenae probationis triplicem effingant speciem, aliamque ut initio animadvertimus *semiplenam majorem* aliam *semiplenam* tantum, aliam *semiplenam minorem dicant* (2). At sive major semiplena, sive semiplena, tantum sit probatio, ajunt in caussis civilibus a Judice deferendum esse Actori jusjurandum, quod *suppletorium* vocant, in caussis criminalibus in equuleo reum ponendum esse, ut crimen fateatur. Quod si fuerit semiplena minor, tunc defertur reo jusjurandum quod *purgationis* appellant nul-

(1) Vid. Ant. Mat. *ad lib. cit. Tit.* 15. *Cap.* 6.
(2) Vid. Ioan. Voet. *ad Pandect. Tit. de probat.*

la habita differentia inter caussam civilem, et criminalem (1). Atque haec sunt, quae ad ordinem judiciorum explicandum veluti certas regulas tradidere Pragmatici; quas tamen, uti ipsorum mos est, pluribus exceptionibus subjectas voluerunt. Sunt enim qui docent in caussis criminalibus, in quibus ad poenam capitalem, vel corporis afflictivam indicendam non solet Judex devenire, semiplenas probationes sufficere (2). Sunt qui contra dicunt in gravioribus criminibus leviores conjecturas satis argumenti praebere, et Judici licere jura transgredi (3). Sunt qui demum generalius loquuntur, scilicet ex probatione haberi nequeant ita tamen ut mitius extra ordinem plectendus sit (4).

Verum haec absurde dici satis demonstrat ipsa definitio probationis quae accipitur tanquam *Legitima Fides Judici facta de virtute rei dubiae.* Fides, uti adnotat Ulricus Huberus, pro persuasione sumitur, cum probatio sic oporteat institui ut Judici facultas sit existiman-

(1) Vid. Vin. *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 44. Gonzalez *ad Cap.* 2. *de probat.* Strik *dissert. de probat. semipl.* Baniz. in *delineat. jur. crim. lib.* 4. *Cap. XI.* § 177. De usu jurisjurandi purgatorii in criminalibus maxima quaestio fuit inter Martinum, et Ioannem antiquissimos Glossatores, quorum alter ejus usum prorsus reprobavit, nulloque juris fundamento niti dixit; alter vero in diversas ivit partes. Hujus nihilominus sententia in foro praevaluisse videtur. Martini autem caussam strenue inter ceteros defendit Justus Henningius Bohemerus in speciali dissertatione *de usu juram. purgatorii in criminal.*

(2) Farinac. *Quaest.* 63. *num.* 30. Mascard. *de probat. in praef.* 2. *num.* 19.

(3) Hanc nonnullorum Pragmaticorum regulam ferreum axioma merito appellat Auctor *dei delitti e delle pene*, eamque minor defendere voluisse Virum doctum Albertum de Simoni in suo libro *del furto e sua pena* ec. Vid. *cit. lib.* §. 26.

(4) Fabr. *Cod. de poenis defin.* 6.

di ex animi sui sententia quid sine dubitatione animi credere debeat (1), Quod apprime confirmatur ex vario verborum usu in jure adhibito ad probationem explicandam. Ut idem significetur quod probationis nomine venit quandoque usurpata fuisse legimus haec verba: *Docere aliquid factum esse*: item *ostendere quod dicitur* (2). Nam docendo fit ut res intelligatur, et cognoscatur ope probationis id quod agitur; ostendendo fit ut res perspiciatur, quae prius erat obscura: Id autem fit similiter probatione. Praeterea juris auctore pro *probare* ajunt etiam *intentionem implere*. Implere siquidem inter cetera significat *perficere*. Perficitur porro intentio, et id, quod asseveratur probatione. Nam intentio constat duobus, dicto, et ejus probatione. Id autem quod dictum est, nec probatur in jure pro non dicto est (3). Vtque ideo qui postquam dixit, probationem adjicit, non male dicitur intentionem, vel dictum implere, i. e. perficere, sive planum facere, et demonstrare. Hae itaque ab ipso jure petitae probandi significationes satis superque ostendunt nullam dari posse semiplenam probationem cum haec ex ipsorum etiam Pragmaticorum doctrina fidem legitimam non inducat, sed persuasionem cum haesitatione, seu potius suspicione conjunctam. Duo Testes omni exceptione majores plenam faciunt probationem. Ergo unus Testis faciet semiplenam? Falsa prorsus consequentiam cum unus Testis audiendus non sit etsi praeclare Curiae honore praefulgeat, atque, uti bene Donellus observavit, unus Testis nullus testis sit (4). Accedit, dum unus Testis affirmat; alter negat, versari nos in

(1) Vid. Huber. *in praelect. ad tit. de probat.*

(2) Vid. *leg. ult. de rei vindic. leg. 1. de prob.*

(3) *Leg. 9. Cod. de Testib.* Donel. *ad Tit. 1. lib. 4. Cod. de reb. credit. et jurejuran.*

(4) Donel *loc. cit.*

pari caussa, nullamque generatim esse rationem cur uni potius quam alteri fides adhibeatur. (1).

Attamen propter inopiam probationum cautum in jure est ut Judex deferat jusjurandum. Duplici autem in sensu vulgo inopia probationum intelligitur: primo cum Actor nihil probat, secundo cum probat aliquid sed non plene; quare si Actor semiplene probat non statim reus absolvendus est, sed caussa jurejurando dirimi oportet. Igitur cognitae etiam a jure civili esse ajunt semiplenas probationes. At ni fallor, Duarenus, et Donellus verius docuerunt quid proprie inopia probationum in jure significet. Putant nempe id significare quod alio in loco caussa dubia dicitur. Dubiam autem caussam eam esse tradunt non cum actor nihil, aut semiplene, sed potius cum actor ipse et reus intentionem suam licet contrariam aeque probasse videntur ita ut par sit utrinque probatio, et incipiat dubium fieri Judici in utram partem propendat potius et judicet. Igitur cum haec adest probationum paritas, et dubitatio, locus fit delationi jurisjurandi: uti validius etiam ex eo eruunt viri doctissimi quod non simpliciter dicatur caussa jurejurando decidi in inopia probationum, sed decidi caussa cognita. Quibus verbis significatur ita decidi, si sit ratio, cur ita pariter dicatur in inopia probationum, ob quam ad jusjurandum confugi debet. Ea autem inopia tunc est cum utrinque probatum est. Nam ubi probatum ab Actore non est, certi juris regula est actore non probante reum esse absolvendum. Atqui ubi tantum semiplena probatio adest, ibi nulla romano jure probatio est. Ergo nullum pariter jusjurandum deferri potest, sed actore semiplene probante reus absolvitur (2).

(1) Alia argumenta non spernenda hac de re protulit Renazzius *lib. cit.*

(2) Vid. *leg.* 3 *Cod. de reb. cred. et jurejuran. leg.* 31. *ff. de jurejurand.* Duaren. *lib.* 2. *annivers. disputat. Cap.* 33. *et*

Si itaque semiplenas probationes romanum jus non agnovit, quomodo eadem cogere Judicem dicendae sunt ut in caussis criminalibus reum torqueat? Sed inquiunt, Modestinus tradidit Servi responso tunc esse credendum cum alia probatio ad eruendam veritatem non est (1). Ex epistola Divi Hadriani ad Sennium Sabinum praescriptnm est ad tormenta Servorum ita demum venire oportere, cum suspectus est reus, et aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum, deesse videatur (2). Pariter Diocletianus et Maximianus rescripserunt argumentis primum verisimilibus, probabilibusque uti Judices posse, et si his veluti certis indiciis ducti investigandae veritatis gratia ad tormenta putaverint esse veniendum, tunc id demum facere debere si personarum conditio patiatur (3). Quid ergo? An non haec ad semiplenas probationes referenda sunt? Minime quidem. Allatas leges ita sapienter interpretatus est Noodtius ut in iis vera probatio non deficiat, sed tantum ea probatio sit, quae collata cum pleniore pro nulla habetur, atque sola ad condemnationem non sufficiat licet alioquin idonea sit ad quaestionem (4). Hoc autem satis diserte confirmatur auctoritate Paulli Icti qui ejusmodi speciem refert: *Maritus quidam*, inquit, *heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam unum Testem liberi sui Filium produxerat: apud Procuratorem desideraverat et quaestionem habere de ancilla. Surus negabat se accepisse, et testimonium non oportere unius hominis admitti: nec solere a quaestionibus incipi,*

ad Tit. de jurejurand. Cap. 7. Donel. *ad dic. leg.* 3. *Vid. tot. Tit. ff. et Cod. de probab.*

(1) *Leg.* 7. *ff. de Testib.*

(2) *Leg.* 1. §. 1. *ff. de Quaest.*

(3) *Leg.* 8. *Cod. eod. Tit.*

(4) Vid. Noodt. *probabil. lib.* 1. *cap. ult.*

etsi aliena esset ancilla : procurator quaestionem de ancilla habuerat : cum ex appellatione cognovisset Imperator, pronuntiavit quaestione illicite habita, unius testimonio non esse credendum, ideoque recte provocatum (1). At cum ex Pragmaticorum doctrina unus Testis semiplenam faciat probationem : ideo patet nullam a jure romano semiplenae probationis habitam rationem fuisse, qua tormentis reus subjici possit.

Ad jusjurandum purgatorium quod attinet etsi hujus frequens usus in criminalibus judiciis sit, nullo tamen nititur juris Romani fundamento. Hoc enim abs jure canonico unice derivandum esse solidis argumentis probavit Henningius Bohemerus (2). Mihi autem liceat hic meminisse usum juris jurandi ad lites finiendas fluere ex edicto Praetoris, quod ad civilia negotia, non ad criminales caussas spectabat. Hinc Gajus inquit, maximum remedium expediendarum litium in usum venire jurisjurandi religionem (3). Porro litis nomine civilem actionem tantum Icti intellexerunt, auctore Ulpiano, qui litis nomine omnem actionem significari ajt sive in rem sive in personam sit (4) : quanquam ab Imperatoribus Valente, Gratiano, et Valentiniano actionis vocabulum ad caussas criminales porrectum fuit, sed minus proprie quemadmodum Hottomanus animadvertit (5).

Nec minus absurde loqui videntur nostri juris Scriptores, quorum alii tradunt sufficere semiplenas probationes in levioribns tantum caussis criminalibus, alii in iis, quae sunt gravissimae, alii demum dicunt reum semiplenis probationibus convictum ad extraordinariam

(1) *Leg.* 20. *ff. eod.*
(2) Vid. Bohem. *in exercitat. de usu jurisjurand. purgat. in criminal.*
(3) *L.* 1. *ff. de jurejurand.*
(4) *Leg.* 36. *et* 178. *de verbor. signif.*
(5) Vid. Hott. *ad Tit. Cod. quand. act. civil. cri. crimin. praejudic.*

poenam damnari posse ubi plenae ac legitimae probationes non suppetunt. Constans siquidem, et generalis omnium judiciorum regula est ut Judex nunquam ad sententiam deveniat nisi legitimae probationes praecesserint. Quae quidem regula immutari nequit ex majori minorive caussarum pondere; nam si de levibus sermo sit, iis solemnitatum, at non probationum necessitatem remitti docuit Ulpianus (1); si vero de gravioribus, aut gravissimis loquamur satis luculenter dixit idem Ictus magis consulendum esse his, quibus gravius periculum imminet. Satius est inquiunt jura, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem condemmari (2). Quamquam non sum nescius nonnullos hoc juris principium ita interpretrari ut ad ea crimina extendi nequeat, quae societatis securitatem directe perturbant. Verum nemo inficiabitur securitatis, ac tranquillitatis illud quam maxime interesse ne civilis aequalitas atque libertas sacrae res, et inviolabiles pessumdentur, ac opprimantur. Ad quam aequalitatem tuendam plurimum conferre patet spectatam judiciorum formam, ac integritatem; qua quidem, uti ex doctrina Montesquieu animadvertit Eminentissimus Gerdilius, plane recteque constituta tum demum fruuntur homines vita libertate fortunisque suis omnibus, cum videant haec et alia hujusmodi bona in legum praesidio tutissime latere, nec potentioris cujusque injuriae, vel cupiditati exposita esse (3). Et sane, ut inquit Hein-

(1) *Leg. 6. de accus. et inscrip.*

(2) *Leg. de 1. Carb. Edic.*

(3) Vid. Orat. Ejusdem. Eminentis. Viri. *de virtute politica* Observat autem recte in laudata oratione vir doctissimus quamplures esse formulas quibus parum admodum consultum itur civium saluti, nisi ad has accedat Magistratuum spectata sapientia, aequitas, fides, innocentia. Vult praeterea ut quae dixit, de solo recto judiciorum ordine prout populi indoles, et civitatum natura exigit intelligantur, non autem de iis, quibus quasi latebris, ut inquit, laudat Auc. de industria quaesitis facile omnes suspicantur latitare forensium hominum avaritiam, fraudes, libidines.

sius *ubi exercentur judicia, uti oportet, ibi ordo Civitatis, et quasi anima conservatur institutio, vindicantur leges. Tota quippe juris vis dependet a judiciis. Ea enim id, quod justum est dijudicant vera juris regula ac norma, quae tanquam rationis arma corruptissimis nuturae armis opponuntur* (1).

Quod si hac de re jus romanum consulimus, ab hisce, quae dicta sunt non abhorrere intelligemus. Levia crimina uti vidimus, de plano discuti posse dixit Ulpianus: igitur e contrario, quemadmodum recte Antonius Matthaeus inquit, quo gravius unumquodque crimen est eo pleniorem caussae cognitionem desiderat (2). Abolitionem non dari consituunt Valentinianus et Valens *in iis criminibus (ut in violata majestate, aut Patria oppugnata, vel prodita aut sacramentis desertis omniaque quae jure veteri continentur) in quibus Judex non minus accusatorem ad docenda quae detulit, quam reum ad purganda quae negat debet urgere* (3). Porro quo sensu in jure *docendi* verbum usurpetur jam animadvertimus. Imperator Constantius loquens de criminosissimis, de iis nempe, qui homicidii, et aliorum graviorum criminum rei sunt *manifesta probatione convictos* dicit (4). Nec quidquam obiici ex eo potest quod i gravioribus delictis deferendis inhabiles etiam ad accusandum admittantur, et etiam servorum, aliorumque Testimonia audiantur, quae jure ordinario rejiciuntur. Namque quod spectat ad Accusatores hoc nil urget cum salus rei ut inquit Ant. Matthaeus, in manu accusatorum non sit (5). Romano jure nemo condemnabatur nisi ac-

(1) Heinsius *in paraphr. ad Aristot. politic. lib.* 4.
(2) Ant. Matt *ad cit. lib. Tit.* 2. *Cap.* 4.
(3) *Leg.* 3. *Cod. de abolit.*
(4) *Leg.* 18. *Cod. de poen.*
(5) Mat: *loc cit.*.

cusatus fuisset. Cum igitur Reipublicae interesset iis criminibus potissimum occursum ire, quae magis publicam salutem in discrimen adducunt, non poterant non admitti etiam inhabilium personarum accusationes ita tamen ut semper eadem subsisteret probationum necessitas. Ad testes vero quod attinet hoc omnibus judiciis commune erat ut scilicet Testes inidonei admitterentur cum res inopia probationum laborabat. Quod qua ratione intelligendum sit jam superius cum eruditissimo Noodtio explanavimus.

Nunc animadverto, quod de accusatoribus sapienter monuit Fridericus Bohemerus; multo magis ad Testes porrigendum esse, ut nempe ii solum ob inopiam probationum admittantur quos scriptum tantum Romanorum jus, non eos quos ipsa natura inidoneos declarat, cum de illis, non de his, si serio animadvertas, videantur loqui Digestorum et Codicis leges (1). Iis vero, qui se-

(1) Natura ipsa improbantur testimonia eorum, qui admodum impuberes sunt, dementium, furiosorum, atque illorum etiam inter quos vel strictum amicitiae vinculum, vel urgens odii, et inimicitiae suspicio, vel proxima sanguinis conjunctio adest. Cum vero jus hac in re conveniat cum ipsa natura circa impuberes, dementes etc: videamus, utrum conveniat pariter in reliquis, nempe utrum improbet testimonium amicorum, inimicorum, atque sanguine proxime conjunctornm. Equidem de amicis observavit Donellus *ex leg.* 3. *ff. de Testib.* eorum testimonium uti suspectum rejiciendum esse si non quaevis amicitia fuerit, sed intima, quae faciat ut unus alter sit quaeque ex magnis et mutuis officiis, item ex assidua vitae consuetudine, eaque voluntaria aestimanda est. Idem de inimicis, iis nempe qui a jure *capitales* dicuntur, statutum novimus in leg. 17. Cod. de test. adeout difficile admodum etiam ad accusandum iidem admittantur. De sanguine conjunctis a Testimonio repellendis extant quamplurimae Leges quibus aperte prohibetur domestica testimonia audiri. Sed quaestio adest inter juris Interpretes quid proprie domesticum testimonium significet? Mihi hac in re arridet Duareni opinio, qua domesticum Testimonium intelligitur eorum omnium, qui ejusdem familiae naturaliter sunt etsi eadem in domo non morentur quamvis non invitus concedam aliter fortasse intelligendum esse habita ratione ad Testamenta in quibus non

miplena probatione reum convictum poena extraordinaria puniri posse dicunt, obstat tum naturalis tum civilis juris ratio. In eo enim utrumque jus conspirat amice, primo ut nulla poena queat infligi nisi iis, qui crimina patrarunt, deinde ut crimina legitima probatione confirmentur, quae nisi in medium proferatur jam nulla caussa est cur aliqua poena etsi levissima coerceri reus debeat. Semper enim integrum illi manet jus in Societate civili ne vel in corpore vel in fama, vel in caeteris bonis mulctetur quousque legitime reus declaratus non sit. Praeterea illud Jure Romano peculiariter cautum erat ut Judices in reos non legitime, sed levibus tantum argumentis convictos nec absolutoriam, nec condemnatoriam dicerent sententiam, sed caussam ampliarent, et non liquere jurarent, quo facto ab accusatione non a crimine Rei absolvebantur, imitari plane hac in re Lacaedemonios, qui, ut inquit Cragius, accusatum in reatu manere voluerunt si accusator minus probavisset quod intenderat (1).

tam ad probationem quam ad solemnitatem septem Testes requiruntur. Existimat tamen Donellus audiri posse Parentes et Liberos pro se invicem testimonium dicentes, adversario non recusante; quod de caussis civilibus tantum accipiendum esse non de criminalibus patet ex allata superius discriminis ratione inter civilia Iudicia, et criminalia. Eorum autem qui de eadem Familia non sunt non eadem habita fuit ratio a civili jure, sed solum lege Iulia cautum fuerat ne invito denuntiaretur ut Testimonium litis diceret adversus Socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, et sobrino natum etc. Denique speciatim a Romanorum Legibus improbantur Testimonia servorum infamium, damnatorum judicio publico, eorum, qui in vinculis custodiave publica sunt, vel qui ad bestias, ut depugnarent se locaverint, et aliorum ejusmodi, in quibus non adeo facile ratio prohibitionis dignoscitur nisi specialia Romanae Civitatis instituta expendantur. Vide de his differentem Auctorem *dei delitti e delle pene*.

(2) *Cragius de Repub. Lacaedem.*

Atque ita subversis communis opinionis fundamentis demonstrandum nobis adhuc superest ex indiciis veram et legitimam probationem posse confici parem illi, quae Testium responsis nititur. Quod ut deprehendatur huc revocandum censeo quod alibi a nobis animadversum fuit: frustra nempe in factis hominum naturalibus et ordinariis summam desiderari evidentiam, cum omnia argumenta, quae ad eorum existentiam confirmandam afferuntur, una probabilitate absolvantur. Hac autem contenti nos simus oportet ne eam veritatem quaerere videamur, quam nunquam pene consequemur. Porro probabilitatis naturam bene Explanavit Cicero ajens *probabile id esse quod fere fieri solet, aut quod in opinione positum est, aut quod habet in se ad haec quandam similitudinem sive id falsum est sive verum* (1). Scilicet vel ex eo quod pluries evenire solet, vel ex analogia quadam inter unam et alteram rem, vel demum ex aliorum auctoritate argumentando quae verisimilia atque probabilia sunt deprehendimus. Hinc non absurde duplicem faciunt Philosophi probabilitatem, unam, quae ex ipsa rei, de qua quaeritur natura, ejusque adjunctis desumitur, et *intrinsecam* dicunt, alteram, quae aliorum nititur auctoritate, et *extrinsecam* appellant. Scio Pragmaticos pene de sola extrinseca probabilitate inquirenda esse solicitos, atque intrinsecam, quae tota in arte est plerumque aut omnino negligi, aut levissime attingi ab ipsis, qui, ut inquit Quintilianus, argumenta velut horrida, et confragrosa vitantes amoenioribus locis desident, atque ita omnes probationes eruunt vel ex reorum confessionibus, vel ex testium dictis, quae extrinsecam constituunt probabilitatem.

Atqui Testium dicta quibus probabilitas extrinseca componitur subsistere haud possunt nisi in intrinseca probabilitate fundamentum habeant. Igitur perspicuum est vim probabilitatis, qua ad praestandum iisdem assensum

(1) Cic. *de invent. lib.* 1.

ducimur totam ex iis argumentis pendere, a quibus veluti a suis fontibus ipsorum dicta oriri potuerunt, adeout haec majorem vel minorem assensum mereantur prout major minorve eorundem connexio deprehenditur cum suis fontibus a quibus hausta existimantur. *Nemo*, inquit recte Antonius Genuensis, *a se impetrare unquam poterit aliquid velut probabile habendum esse quod illud alii affirmant si sciat vel ex nullo fonte vel ex falsis caussis illos haurire potuisse* (1). Quod et ipse Cicero quodammodo praeoccupaverat, ajens, eos errare qui hoc genus suspicionum non putant indigere artificii, quique aliter hoc de genere (de quaestionibus nempe testimoniis, rumoribus) ac de omni conjectura praecipiendum esse opinantur (2). *Quid est* inquit, *ubi elucere possit prudentia? Ubi discerni stultus Auditor, et credulus ab religioso, et sapienti Judice? Nimirum illud, in quo ea, quae dicuntur a Testibus conjecturae, et cogitationis traduntur, quanta auctoritate, quanta animi aequitate, quanto pudore, quanta fide, quanta religione, quanto studio existimationis bonae, quanta cura, quanto timore dicantur* (3).

Quae cum ita sint jam satis constare arbitror iisdem prope regulis contineri, iisdemque confirmari argumentis tum de indiciis, tum de testimoniis doctrinam. Etenim primo indicium id omne esse diximus, quod inter auctorem, et crimen nexum aliquem probabiliter constituit, illudque vel ex persona vel ex re deduci. Idem sane in testimoniis aestimandis obtinet. Siquidem in hisce quaeritur utrum aliqua inter dicta testium, et rem de qua fidem facere videntur, adsit connexio. Quae tamen utrum revera adsit nec ne ex argumentis ab ipsa Testium natura, et facti qualitate desumptis erui debet. Secundo indicia quae faciunt ut auctorem inter et crimen aliquis sit nexus naturali ra-

(1) Ant. Genuens. *loc. cit.*
(2) Cic. *loc. cit.*
(3) Cic. *In Orat. pro Fontejo.*

tione, et experientia nituntur: qua pariter nituntur argumenta, quae eundem adesse vel non adesse inter dicta testium, et ipsum factum demonstrant. Quod ut clarius deprehendatur; observandum est naturalem rationem docere, et ipsam confirmare experientiam difficile admodum voluntatem delinquendi amittere eos, quos antea consuetudine et studio in omni vitio versatos fuisse novimus. Quare si crimen aliquod ad Iudicem deferatur, poterit aliquomodo voluntas ejus criminis patrandi praesumi in eo, qui forte adest ex hujusmodi hominibus, quos diximus antea omni vitio obrutos. Multo autem magis praesumi poterit si inter eum hominem: et laesum ex crimine peculiares rationes fuerint, quibus pravae illius affectiones facile potuerint excitari ad crimen patrandum, puta ad vulnerandum ut iram vindictaeque cupiditatem, ad furta ut avaritiam, ad stupra, et adulteria ut libidinem expleret. Eodem pacto ipsa naturalis ratio docet in iis Testibus veritatis dicendae voluntatem probabiliter inesse, qui dignitate, fide, moribus apud ceteros commendantur, difficile autem in iis, qui nulla instituti educatione, nullamque apud honestos homines existimationem nacti facile ex nequitia, aut pravo voluntatis affectu, aut sordido quaestu ac ministerio ad falsa testimonia dicenda, ad innocentes calumniandos, ad fallenda judicia moveri possunt. Atque haec difficultas fortior etiam evadit si rationes quaedam inter reum accusatores et testes adfuerint, quibus positis non facile veritatem haberi ipsa experientia, et quotidianus rerum usus edoceat. Hinc mirum videri non debet si dubium admodum communiter censeatur testimonium inimicorum, amicorum, et eorum qui proxime cum accusatore vel reo sanguine juncti sunt. Videtur siquidem, ut inquit Puffendorfius, ipsorum conscientia cum gratia, odio vindictae libidine, alioque violento animi motu, aut etiam arctiore quadam necessitudine veluti luctari, quibus superandis non omnibus sat constantiae est (1). Tertio prae-

(1) Puffendorf. *de offic. hom. et civ. lib.* 2. *cap.* 1. §. 10.

cedentes minae, structae insidiae, colloquia cum facinorosis hominibus facta, temporis capta opportunitas, locus ad delinquendum idoneus, fuga ex improviso suscepta, trepidatio, pallor, congestae repente divitiae, quaesitae ex industria transationes et similia non delinquendi solum voluntatem, sed facultatem etiam, immo ipsam facti existentiam non leviter arguunt, quod adeo verum est, ut haec et similia criminum fere omnium adjuncta tanquam tacita rei gestae testimonia Cicero non rationis solum, sed experientiae, et rerum usus consultissimus dixerit (1) ea sane de caussa quia probe perspexerat signa hujusmodi ut plurimum vel praecedere, vel comitari, vel sequi multa ne dicam omnia delictorum genera. Sic eadem naturali ratione, atque experientia comprobatur Testium responsa sedulo expendenda esse, videndumque qua constantia, quo timore, qua trepidatione loquuti sint, utrum argumenta quibus ipsorum dictis vis additur tempori, loco, aliisve adjunctis conveniant itaut ex hisce omnibus quid de testium auctoritate censendum sit eruatur. Quarto indiciorum vis non solum ex qualitate Personae, sed etiam ex criminis natura aestimatur. Pariter testimonii vis tum ex testium indole, tum ex qualitate negotii perpenditur; quod recte docuit Ictus ajens Iudicem motum animi sui confirmare debere ex argumentis, et testimoniis, et quae rei aptiora, et vero esse proximiora compererit (2). Quinto constat sola probabilitate indicia omnia absolvi, sic eandem solum testium dicta parere compertum est. Tandem indiciorum probabilitas augetur tum ex singulorum pondere, tum ex ipsorum numero et mutua inter se connexione. Eadem ratione testimonii fides augetur tum ex testium numero, tum ex serie argumentorum, quae eidem vim addere videntur.

Cum itaque demonstratum fuerit eosdem pene esse

(1) Cic. *in partit. orator.*
(2) *Leg.* 21. *de Test.*

fontes, ex quibus indiciorum vis, et testimonii fides desumitur, easdem regulas usurpari naturali ratione atque experientia firmatas, eandem ferme argumentorum naturam esse et pares propemodum effectus habere, similesque parere consequentias, statui posse videtur ea rationis momenta, quibus ad fidem testibus praestandam vel non praestandam adducimur, illud etiam satis superque ostendere indicia ejusmodi naturae esse posse ut aequalem probationem quandoque constituant. Quapropter sicuti testibus ita etiam indiciis quemquam auctorem criminis convinci, atque adeo damnari posse existimo, inque omni genere probationum intrinsecam perpetuo quaerendam esse probabilitatem, nullamque esse quaestionem arbitror, quae, ut inquit Quintilianus, *non sit aut in re, aut in persona neque ullam confirmationem nisi aut ex antecedentibus, aut ex consequentibus aut et repugnantibus, et haec aut ex praeterito tempore, aut ex conjuncto, aut ex sequenti petere. Nec ullam rem probari nisi ex alia posse, eamque aut majorem, aut parem aut minorem esse oportere* (1). Atque haec omnia, quae de probatione ex indiciis dicta sunt possent plurimis Romani Populi legibus, et Rhetorum praeceptis confirmari, quae tamen libenter praetermitto, cum jam satis collecta et exposita fuerint ab Antonio Matthaeo (2). Quamquam sileri non patiar quod clarissimus Thomasius observavit nunquam scilicet dubitatum fuisse quin per indicia crimina eorumque auctores probari possent, et tunc solum controversiam de hac re exortam esse cum processus inquisitorii usus inventus fuit, eaque opinio invaluit omnem quodammodo vim probationis ab ipsa rei confessione sive

(1) Quint. *lib.* 5. *cap.* 8.

(2) Ant. Mat. *ad cit. lib. Tit.* 15. *cap.* 6. *et* Renaz. *lib. cit.* Etiam Albertus de Simoni *in lib. del furto e sua poena ec.* pluribus argumentis expositam sententiam confirmat, atque ex Philone sapienter observat apud Hebraeos solis indiciis cognitum homicidium puniri vid. §. 31.

sive spontanea sive per vim extorta pendere. Hinc testatur laudatus Auctor in Anglia dubi processus accusatorius aduc viget solius indiciis reos convictos amnari (1).

Attamen adhuc a nonnullis objicitur facilius designari probabilitatem, quae Testium fide nititur, quam quae ex indiciis eruitur neque enim ex uno vel paucis certissimis, ac constantibus principiis, sed ex vario, ac multiplici caussarum genere indiciorum vis nascitur, quae proinde varia admodum esse potest, nec aliud quam simplicem suspicionem parere valet, ex qua neminem damnandum esse inquit Ulpianus (2). Verum cum ex judiciis crimina eorumque auctores probari posse dicimus eo in sensu semper intelligimus si scilicet ex personae indole, et facti natura, ex temporis, locive circumstantiis, ex ipsa demum indiciorum coacervatione perspectum Judici fuerit indicia orta probabiliter fuisse ex iis caussis, quae inter Personam, et crimen connexionem constituere videantur. Quibus positis facile etiam est animadvertere Ulpianum loqui de suspicionibus ortis ex levibus remotis dubiis, et incertis indiciis, quorum nempe caussa nou satis perspecta sit, non vero de violenta praesumptione ex proximis, et rite cognitis derivata. Videntur itaque non satis recte ratiocinari qui indiciorum probationem in judiciis criminalibus rejiceret eam ob ratione quia indicia a variis, ac multiplicibus caussis proficisci soleat; nam idem etiam de testium dictis usurpari posse ex iis, quae de ipsorum auctoritate expensa superius sunt, adeo certum est ut nec Testium probatio veram et proprie dictam designationem acceperit, nec Judicis arbitrium exclusum ab ea omnino fuerit. Divus enim Hadrianus Vivio Vario Legato Ciciliae rescripsit eum qui judicat magis scire posse quanta fides adhibenda sit testibus; qui et cujus dignitatis; et cujus aestimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere utrum unum eundemque meditatum sermonem at-

(1) Vid. Tomas. *Dissert. de orig. proc. inquisit.*
(2) *Leg ult. cod. de prob.*

tulerint: an ad ea, quae iuterrogaverit ex tempore verisimilia responderint (1). Sed etsi concedamus facilius designari posse probationem; quae testium fide nititur, quam quae ex indiciis desumitur, erraret tamen qui inde inferret legitimam probationem ex indiciis frustra desiderari. Et sane illud tantum demonstrare in animo habuimus indiciis crimina eorumque auctores probari posse, non autem certum ac determinatum indiciorum numerum definire contendimus, cum id propter variam personarum indolem, variasque circumstantias, et diversa factorum adjuncta pene impossibile sit. Uno verbo duplex ex hactenus dictis probationis genus cum clarissimo Domat constitui posse existimamus, unum, quod aliquam designationem a lege accepisse videtur, uti est quod ex tabulis, et ex testibus desumitur, alterum quod prudentiae Judicis relinqui oportet, quodque ex indiciis erui diximus (2).

Sed Valentinianus, Gratianus, et Theodosius in saepe laudata constitutione (3) non haec indicia ad probationem requirunt, verum ea, quae indubitata, et luce clariora sint, argumenta scilicet quasi necessaria non contingentia: atque inde ratio apparet quare de indiciis tanquam de legitima probatione nusquam agatur in civili jure. Titulos enim habemus de testibus, et instrumentis; de indiciis nullus est, si ea excipiantur, quae sub nomine praesumptionum nobis Icti tradidere, quaeque nunquam suapte natura veram probationem efficiunt, et potius ad civilia negotia quam ad caussas criminales spectant. Verum allata Imperatorum constitutio non eo in sensu intelligenda est ut argumenta omnino necessaria postulet. Namque si haec eadem exposceret non amplius in nostro jure sufficeret ea criminum probatio quae sola morali certitudine, summa scilicet probabilitate nitatur. Hoc animadvertens Donellus

(1) *Vid. L. 3. D. de Testib.*
(2) Vid. *Domat. les. loix civiles liv. 3. tit. 6. Sect. 1.*
(3) *L. ult. cod. de probat.*

ait in ea lege nihil amplius exigi quam ut probationes omnes, quae afferuntur indubitatae sint pro qualitate probationis, quae haberi potest (1). Quod vero de indiciis nullus adsit in jure civili titulus, respondet laudatus auctor indicia ad jus nullo modo pertinere, cum posita sint in illa connexione, quae esse potest inter rem probandam; et eam quae probatur: quae conjunctio natura efficitur, non jure. Idcirco autem de testibus, et instrumentis quaedam a jure quaeruntur quia de iis jus aliquod speciale constituitur, et quae instrumenta, qui testes fidem faciant loci sunt praecipui in quibus disquiritur (2).

Sunt porro qui adhuc urgent, et inquiunt nos ipsos fassos esse indicia omnia fere testibus, et tabulis probanda esse. Frustra ergo indiciis vis probandi tribuitur. At hoc nihil nostram sententiam infirmat. Non enim diximus vim indiciorum ex testibus, aut ex tabulis probari, sed potius ipsa probari singularia facta, quae indicia producere possunt, et quidem eo probationis genere, quod aliquo modo a legibus receptum sit. Ut exemplo res illustretur, minae indicium de crimine ejusque auctore parere possunt. Sed prius probandum est minas reapse factas fuisse: Quo probato tunc sedulo perpenditur utrum eaedem proximum an remotum indicium faciant. Vis igitur indicii ex ipsis minis rite expensis eruitur, veritas seu existentia minarum ex testibus, et tabulis probatur eodem sane pacto quo fit in argumentis necessariis. Tunc enim vim necessariae consequentiae habent cum certo probatum est tale factum extitisse; quo probato oritur inde, et perspicitur necessarium argumentum (3).

Quaeri autem posset utrum probatio, quam ex indiciis quandoque nasci vidimus, tanti facienda sit ut Iudici liceat

(1) Donel. *Coment. in ad dit. leg.*

(2) Donel *ad Rubr. tit. cod. de testib.*

(3) Diversimode hanc objectionem solvit Ant. Mat. et qui eum sequutus est, Renazzius. Vid. Matt. Ant. et Renaz. *lib. cit.*

in aliquem indiciis solum convictum capitalem sententiam proferre? Quod quidem negaverit quicumque leviter etiam animadvertat, quod multoties diximus, indicia ea esse, quae constituunt nexum aliquem inter hominem et delictum, sed non constituunt necessario, itaut fieri possit, ut verum non sit quod indicia tanquam verum ostendunt, seu potius ut innocens injuste morti tradatur, quod fugiendum omnino esse patet. Nec tamen recte quis inde inferret aut mihi probari eorum sententiam quam supra rejeci, cujus caussa obtinet ut indiciis convictus extra ordinem tantum coerceatur, aut nunquam plenam esse existimandam probationem illam, quae indiciis constat, quamque plenam esse posse jam ostendere conatus sum. Etenim ad primum quod attinet, Judicem minime debere capiti damnare eum quem plura, et quidem gravissima indicia onerant, non ideo, diximus quia legitima, et, ut ajunt, plena ex indiciis probatio confici nequeat, sed potius quia probatio haec non est ejus gèneris, ut illius caussa possit Judex secura conscentia mandare ut alter furcis ex. gr. suspendatur. Quod vero spectat ad alterum, etiam dum adsunt instrumenta, et testimonia duorum hominum omni exceptione majorum, etiam dum reus sponte confitetur delictum: plena nihilominus reapse probatione non utimur, ut nempe certum omnino sit rem ita, et non aliter se habere. Nonne possunt vel instrumenta confingi, vel decipi testes oris ex. gr. similitudine; aut etiam pecunia, aliave ratione corrumpi, licet alioquin honestatis laude floreant? Nonne potest reus ex levitate, aut etiam ex insania fateri crimen quod nunquam patravit? Quare ut mortis poena rite inflicta dici posset, deberent prius exigi delicti probationes indubitatae parum vel etiam nihil a physica evidentia dissimiles, quae perraro quidem, sed tamen quandoque in publicis judiciis locum habere possunt uti ex: gr: in ea specie seditiosi hominis, quam nonnulli jta proposuerunt ut illius occasione capitalem poenam justam, et necessariam ostende-

rent (1). In aliis speciebus in quibus non ipsa veritas, sed potius quaedam obtinet verisimilitudo, seu probabilitas, quasque frequentissimas in foro esse ingenue fateor extremum supplicium improbari debet, eaque poenae sunt adhibendae, quae damnum inferant; quod si non omnino, saltem ex aliqua parte reparari possit, si deinceps fortasse constet quod interdum constitisse veterum rerum monumenta docent, id, quod ex caussa vel indiciorum vel testium, et similium valde probabile videbatur, falsum esse, nec delictum ab eo fuisse patratum, quem Judex sententia sua delicti auctorem, atque adeo poena dignum declaravit. Quanquam si dicere velis eam ipsam ob rationem quod cum morte damnum conjunctum est irreparabile, nunquam Princeps jus vitae et necis in cives ex caussa delicti exercere debet, id quidem non solum per me licebit, immo laudarem vehementissime. Proscripta enim capitali poena nec ullum fortasse inde obvenient publicae et privatae hominum saluti detrimentum, et facilius quiescere poterit animus Judicantium, qui, si paullo attentius perpendant, coguntur ut plurimum incerti, et solliciti vivere, cum probe intelligant non satis exploratum esse utrum nocentem aut innocentem condemnaverit. Quae sollicitudo augeatur necesse est, cum cogitant ita damnasse, ut jam damnati malo illo affecti sint, quod, cognito deinceps errore, nullum recipit remedium.

(1) Vid. Creman. *de jur. crimin. lib.* 2. *cap.* 2. §. 86. quem libenter nomino, et tanquam praeceptorem de me optime meritum, et tanquam ducem in iis. quae de indiciis, eorumque usu in cognoscendis criminibus conscripsi, quaeque ille clarius explanabit in eo de publicis judiciis libro cujus jam spem fecit, quemque impatienter in dies expectamus.

FINIS.